Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich=Alexanders Universität in Erlangen.

Zwölften Theils erste Abtheilung.

Zweite, unveränderte Auflage.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1841.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Fortsetzung

des 1. Titels im 12. Buche

De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.

§. 779.

Uebergabe, ein wesentliches Erforderniß des Darlehns. Sie kann auch brevi manu geschehen.

Das Darlehn erfordert zu seiner Existenz schlechterdings, daß die Sache dem Schuldner übergeben worden sey. Denn die Verbindlichkeit entspringt hier **ex re**[1]). Daher ist der Vertrag, wodurch man dem Andern verspricht, daß man ihm ein Darlehn geben wolle, solang die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, noch kein Darlehn, sondern ein bloßes **pactum de mutuo dando**, welches nach dem römischen Recht keine Klage bewirkt[2]). Denn es war Grundsatz: **nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse**[3]). Ob es heutzutage anders sey, ist streitig. Einige[4]) wollen behaupten,

1) *Pr. I. Quib. mod. re contrah. obligat.*

2) *Petr.* Gudelinus de iure novissimo Lib. III. cap. 2. pag. 115.

3) *L.* 34. *pr. D. Mandati.*

4) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11. verglichen mit Lib. II. Tit. 14. §. 68. Grass Diss. de pactis futuror. contract. praeparator. §. 33. Engel Colleg. iuris canon. univ. Lib. III. Tit. 17. §. 2.

ten, das römische Recht gelte noch jetzt. Allein die meisten Rechtsgelehrten [5]) sind darin einverstanden, daß der bloße Vertrag, mit einem Andern ein Darlehn eingehen zu wollen, den Promittenten verbindlich mache, und eine Klage gegen ihn bewirke. Diese Meinung verdient auch unstreitig den Vorzug. Denn nach dem römischen Recht wirkt doch eine **Stipulatio de mutuo dando** eine klagbare Verbindlichkeit [6]). Nun aber ist heutzutage ein bloßer Vertrag so wirksam, als eine römische Stipulation [7]).

Da also ein Darlehn erst durch die Uebergabe sein Daseyn erhält, so kann auch keine andere Verbindlichkeit **ex mutuo** entstehen, als welche durch die Tradition begründet worden ist. *L.* 9. *Cod. de non numerata pecun.* sagt ausdrücklich: **Ultra hoc, quod accepit, RE OBLIGARI neminem posse, constat.** Daher begründet der Verzug beym Darlehn nach dem römischen Recht keine Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung [8]); und auch selbst durch ein **pactum adiectum** konnten hier in der Regel nicht vollgültig Zinsen versprochen werden; sondern dies mußte durch eine

5) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 3. Boehmer Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. VII. §. 8 *Mich. God.* Wernher lectissim. Commentat. in Pandectas. h. t. §. 7. u. a. m. Vorzüglich aber Griesinger im Commentar über das würtembergische Landrecht 1. Band S. 11. ff.

6) *L.* 68. *D. de Verb. obligat.* Quodsi ita stipulatus fuero: *Pecuniam te mihi crediturum spondes?* incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

7) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 292. S. 106.

8) S. *Iust. Henn.* Boehmeri Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae. §. 30. (*Exercitat. ad Pandect.* Tom. IV.)

eine neue obligatio, wie Pomponius[9]) sagt, nämlich durch Stipulation geschehen[10]). Dann war es aber auch kein Darlehn mehr, sondern ward mit dem Namen *foenus*, oder *contractus* s. *pecunia foenebris* bezeichnet[11]). Nur wenige Fälle nehmen die Gesetze aus, in welchen sie wegen blos versprochener Zinsen die Klage dem Darleiher gestatten, nämlich wenn Städte[12]), oder Argentarien[13]) Gelder ausgeliehen, und sich Zinsen ausbedungen hatten; oder wenn man sich wegen übernommener Seegefahr ein foenus nauticum hatte versprechen lassen[14]); oder bei ei-

A 2 nem

9) *L.* 121. *D. de Verbor. Signif.*

10) *L.* 24. *D. de praescr. verbis. L.* 7. *Cod. de Usur.*

11) *L.* 33. *D. de Usur. L.* 3. *Cod. eodem.* NONIUS MARCELL. Cap. 5. pag. 731. zeigt vorzüglich diesen Unterschied sehr deutlich an, wenn er sagt: MUTUUM *a* FOENORE *hoc distat*, *quod* MUTUUM *sine usuris:* FOENUS *cum usuris sumitur: et est accepti foetus. Unde et* FOENUS *dictum est*, ut graece τόκος, quasi partus mutui sumti. Man vergleiche *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. I. cap. 3. und HEINECCII Antiquitat. Rom. Lib. III. Tit. 15. §. 3.

12) *L.* 30. *D. de Usuris.*

13) *Nov. CXXXVI. c.* 4. S. NOODT de foenore et usuris Lib. III. cap. 2. und *Herm.* HUBERT Disputat. II. de Argentariis veterum. *Trajecti ad Rhen.* 1740. P. III. Cap. II. §. 3. (in *Ger.* OELRICHS Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar. Volum. II. Tom. I. pag. 123. seq.)

14) *L.* 7. *D. de nautico foenore.* Wenn Paulus hier sagt: In quibusdam contractibus etiam usurae debentur, quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere; so sind nach den Worten: In

nem Getraidedarlehn Zinsen waren ausbedungen worden[15]. Man sieht also hieraus klar, daß nach dem Begriff, den das römische Recht mit dem Darlehn verbindet, die Rechte des Gläubigers bey diesem Contract durchaus nur auf die gegebene Quantität eingeschränkt sind, und jeder Gewinn davon ausgeschlossen sey. Denn die Römer betrachteten das Darlehn als eine Wohlthat, oder Gefälligkeit, die ein Freund dem andern erzeigt[16]; und stellten daher den Grundsatz auf, das Darlehn sey seiner Natur nach ein **contractus gratuitus**[17], woraus jedoch noch keinesweges, wie von mehreren[18]) geschehen ist, gefolgert werden kann, daß es zu den **contractibus stricti iuris** gezählt worden sey[19]. Heutzutage leidet es nun zwar keinen Zweifel, daß

In quibusdam contractibus etiam, die Worte: *ex pacto* zu ergänzen. Es erhellet dies aus *L.* 5. §. 1. *D. eodem.* Man sehe *Ger.* Noodt Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 6.

15) *L.* 12. *Cod. de Usuris.*

16) Nonius Marcell. Cap. 5. pag. 731. sagt: Unde honestius *mutuum* est, quod *sub amico affectu* fiat, tamen usu temporis necessarii foenore sumere decet.

17) Daher wird ein unverzinsliches Darlehn *L.* 8. *D. In quib. caus. pignus tacite contrah.* gratuita pecunia genennt.

18) *Franc.* Connanus in Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. I. pag. 449. seq. *Herm.* Vulteius Comm. ad Princ. I. de verb. obligat. nr. 3. *Ulr.* Huber Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 27. *Io.* D'Avezan Contractuum Lib. I. Cap. 21. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 44.) Hofacker Princip. iur. civ. T. III. §. 1863. Emminghaus ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. u. Tom. II. pag. 112. u. a. m.

19) S. *I. H.* Boehmer Doctr. de actionib. Sect. I. cap. 3. §. 33. et *Eiusd.* Diss. de usuris pecuniae mutuaticiae (in *Exercitat. ad Pandect.* T. IV. Nr. 87.)

daß beym Darlehn sowohl Verzugszinsen gefordert, als auch durch einen Nebenvertrag Zinsen versprochen, und solche, zugleich mit dem Capital, **actione mutui** eingeklagt werden können[20]); es ist indessen auch nach unsern Rechten immer noch für ein **naturale** des Contracts zu halten, daß das Darlehn unentgeldlich ist, sofern nicht der Vertrag, Zinsen zu bezahlen, in gewissen Fällen als stillschweigend geschlossen angenommen werden kann[21]).

Die Tradition braucht übrigens nicht immer eine wahre und eigentliche Uebergabe zu seyn, sie kann auch **brevi manu** geschehen. Dahin gehört,

1) wenn derjenige, dem ich ein Darlehn geben will, das Geld schon aus einem andern rechtlichen Grunde, z. B. als

20) S. **Schmidts** Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 768.

21) Anderer Meinung sind zwar **Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. ad Pand. XXXV. §. 11. Titius iur. privat. Rom. germ. Lib. IV. Cap. 8. §. 2. et §. 15.** und unter den neuern noch **Ernst Christ. Westphal** in den Rechtsgutachten und ausgesuchten Erkenntnissen des bürgerlichen Rechts. 1. Band h. t. §. 1. S. 73. Diese behaupten, daß heutiges Tages im Zweifel jedes Darlehn an sich schon zinsbar sey, wenn auch der Schuldner weder Zinsen versprochen hätte, noch sich im Verzuge der Wiederbezahlung befände. Allein diese Meinung läßt sich auf keine Weise vertheidigen. Man sehe *Ge. Henr.* **Ayreri Diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae.** *Goettingae* **1750. §. 22.** sqq. **Webers** Versuche über das Civilrecht. S. 243. ff. und **Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 887.** S. 287. Auch die Praxis widerspricht jener Meinung. S. **Bergeri Oeconom. iur. Lib. III. Tit. II. Th. 2.** und **Leyseri Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXX. Medit. 3.**

als ein Depositum, in Händen hat, und ich erlaube ihm auf sein Gesuch, dieses Geld als ein Darlehn zu gebrauchen. Einen solchen Fall hat Ulpian *L*. 9. §. *ult*. *D*. *h*. *t*.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. *Nerva*, *Proculus*, etiam, antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi haec posse, aiunt. Et est verum, ut et *Marcello* videtur. Animo enim coepit possidere: ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici.

Eben dies bestätigt Africanus *L*. 34. *pr*. *D*. *Mandati*.

Si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fit: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.

2) Wenn ich dem Andern, der mich um ein Gelddarlehn ansprach, statt baaren Geldes, andere Sachen in der Absicht gegeben habe, daß er sie verkaufen, und das daraus zu lösende Geld als ein Darlehn behalten und gebrauchen solle, der Schuldner auch die Sachen wirklich zu Gelde gemacht hat. Daß in diesem Falle ein Darlehn contrahirt werde, behauptet Ulpian *L*. 11. *pr*. *D*. *h*. *t*. ohne alles Bedenken, wenn er sagt:

Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummisutereris: si vendideris, *puto mutuam pecuniam factam*.

Man nimmt hier an, das aus dem Verkauf der Sache gelösete Geld sey dem Eigenthümer überbracht, und von diesem dem Ueberbringer auf sein Gesuch als ein Darlehn zurück=

zurückgegeben worden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Schuldner die zum Verkauf erhaltene Sache nicht nur wirklich verkauft, sondern auch das Geld dafür eingenommen haben müsse. Denn so lange dieses nicht geschehen ist, ist noch kein Darlehn contrahirt, sondern ein unbenannter Contract vorhanden, weshalb die **actio praescriptis verbis** anzustellen ist. Ulpian hat sich darüber an einem andern Orte ausführlicher erklärt. Er sagt nämlich *L.* **19.** *pr. D. de praescriptis verbis.*

Rogastime, ut tibi nummos mutuos darem; ego, cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere; ut LABEO ait, praescriptis verbis; quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

Nicht gleicher Meinung mit Ulpian scheint jedoch hierin Africanus gewesen zu seyn, wenn er *L.* **34.** *pr. D. Mandati* sagt:

Eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepisset argentum.

Zwar sind die Rechtsgelehrten über den Sinn der letztern Stelle verschiedener Meinung. Johann Göddäus[22]) und Marcus Lyklama a Nyholt[23]) geben ihr

22) In Commentar. de rebus creditis s. de mutuo Cap. III. nr. 62. pag. 238.

23) Membranar. Lib. II. Eccl. 1. pag. 159.

ihr eine solche Deutung, als ob African mit Ulpian darin vollkommen einverstanden sey, daß ein Darlehn contrahirt werde, wenn der Gläubiger dem Schuldner, statt baaren Geldes, eine Sache zum Verkauf gegeben hat, um das daraus gelößte Geld als ein Darlehn zu gebrauchen, und er behaupte diesem Grundsatz zu Folge ganz recht, daß auch der Verkäufer wegen des aus der verkauften Sache gelößten Geldes die Gefahr eben so, wie im Darlehn der Schuldner, übernehmen müsse. Allein dieser Erklärung widerstreitet nicht nur der ganze Zusammenhang, sondern ihr steht insonderheit entgegen, daß die Worte ***nihilo magis*** in unsern Gesetzen keinen affirmativen, sondern immer einen negativen Sinn haben [24]). Daß aber auch dieser negative Sinn hier anzunehmen sey, setzen die Basiliken [25]) ausser Zweifel, in welchen das Fragment folgendermassen lautet:

Εἴ δὲ θέλων σοι δανεῖσαι παράσχω ἄργυρον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι, ὀυ συνίσταται δανέιον. ἐι καὶ κινδυνέυεις ἐπὶ τοῖς ἐκ τοῦ ἀργύρου χρήμασιν. i. e. ***Si vero, cum mutuam pecuniam tibi dare vellem, argentum vendendum dedero, mutuum non contrahitur, quamvis nummi ex argento redacti tuo periculo sint.***

Andere [26]) hingegen legen der Stelle des Africans zwar einen negativen Sinn bey, sie glauben aber, African

24) S. *Io.* STRAUCH Lexicon. particular. iuris. voc. NIHILO MAGIS. *Christph. Phil.* RICHTER Tr. de Significat. Adverbior. iuris. *eod. vocab.* und Schellers lateinisch deutsches Lexicon. verb. *Nihilum.*

25) Tom. II. Lib. XIV. Tit. 1. Const. 34. pag. 152.

26) *Franc.* DUARENUS in Commentar. in Tit. Cod. Si certum petat. et in Tit. Pand. de rebus credit. Cap. II. *Operum* p. 879.

Io.

can rede blos von dem Falle, da die Sache zum Verkauf gegeben worden, ohne dabey die ausdrückliche Verabredung zu treffen, daß das daraus gelößte Geld dem Empfänger dargeliehen seyn solle. Auf solche Art sey zwischen ihm und Ulpian kein Widerspruch. Allein die Worte: *cum mutuam pecuniam dare vellet*, lehren ja deutlich, daß von nichts Andern, als von Eingehung eines Darlehns, die Rede war. Wollte man nun nach dieser Erklärung annehmen, der Wille, ein Darlehn zu geben, sey hier blos einseitig, vielleicht einem Andern, und nicht gerade demjenigen, welcher die Sache zum Verkauf erhalten hatte, erklärt worden; so wäre unbegreiflich, wie dann die Frage hätte entstehen können, ob zwischen dem Verkäufer der Sache, und dem, welcher sie ihm zum Verkauf gegeben hatte, ein Darlehn contrahirt sey; und wie ließe sich denn mit einer solchen einseitigen Erklärung der Grund vereinigen, den African gebraucht, nämlich *nuda conventione pecuniam creditam fieri non posse*?

Unläugbar ist also wohl der Widerspruch zwischen Ulpian und African. Um nun diesen zu heben, wollen einige[27]) zwischen dem Zeitalter der beyden Rechtsgelehrten einen Unterschied machen. Sie sagen, zu den Zeiten Hadrians, unter welchem African lebte, sey die **Traditio brevi manu** beym Darlehn noch nicht in dem Umfange üblich gewesen, wie nachher zu den Zeiten des Kaisers Alexander, dessen Zeitgenoß Ulpian war. Letzter habe also nach dem

Io. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1864. not. d. pag. 114.

27) *M. Aur.* Galvanus de Usufructu. Cap. XXXIII. §. 14. pag. 484. edit. *Tübing.*

dem neuern Rechte entschieden, welches auch jetzt noch zu befolgen sey. Allein am natürlichsten ist es wohl, wenn man mit Cujaz[28]) dem auch Wilhelm Ranchinus[29]), Julius Pacius[30]), Wilhelm Barclajus[31]), Joseph Fernandez De Retes[32]) und Johann Jacob Wissenbach[33]) beystimmen, annimmt, daß African nach dem Grundsatz des strengen Rechts, vermöge welchem ein Darlehn nur durch Tradition einer dem Gläubiger eigenen Sache, aber nicht durch ein bloßes Pactum contrahirt wird, entschieden, Ulpian hingegen die billigere Meinung, welche in einer **fictio brevis manus** gegründet ist, befolgt habe. Daß man der Meinung des Ulpians den Vorzug gegeben habe, erhellet insonderheit auch aus einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Es ist die *L.* 8. *Cod. Si certum petatur*, welche folgendermaßen lautet:

Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum, vel iumenta, vel alias species, utriusquae consensu aestimatas, accepisti, dato auro pignori, licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spopondisti, tamen sors, quae aestimatione placito partium

28) Observation. Lib. VIII. cap. 8.

29) Variar. Lectionum Lib. III. cap. 9. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 959.)

30) Εναντιοφαν. s. Legum conciliatar. Centur. III. Quaest. 64. pag. 235.

31) Commentar. ad L. 11. D. h. t. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 849.)

32) Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. I. nr. 6. sqq. (in *Ger.* Meerman *novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 90.)

33) Exercitat. ad Pand. Disputat. XXIV. Thes. 8.

tium definita est, et usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur[34]).

3) Wenn Jemand seinem Schuldner befiehlt, das ihm schuldige Geld einem Dritten als ein Darlehn auszuzahlen.

4) Wenn Jemand seinem Bevollmächtigten auf sein Gesuch gestattet, das Geld, welches dieser für ihn eingenommen, und an ihn auszuzahlen hatte, als ein Darlehn für sich zu behalten. In beyden Fällen liegt eine gegen die Strenge des Rechts angenommene **fictio brevis manus** zum Grunde. In dem ersten Falle wird nämlich angenommen, als ob der vorige Schuldner das Geld dem Gläubiger bezahlt, und hierdurch derselbe von seiner Verbindlichkeit befreit worden sey, der neue Schuldner aber das Geld hierauf von dem Gläubiger selbst, als ein Anlehn, empfangen habe. Eben so nimmt man in dem letztern Falle an, als ob durch die Ablieferung des Geldes an den Mandanten die **obligatio ex mandato** erloschen, und hierauf das Geld von diesem dem Mandatar wieder dargeliehen worden sey. Dies ist wenigstens Ulpians Ansicht, der dies als etwas Besonderes bemerkt, welches bey Geldanleihen gegen die Regel des gemeinen Rechts sey angenommen worden. Er sagt nämlich ***L*. 15. *D. h. t.***

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam *si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam*, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur,

34) Man vergleiche über diese Stelle *Iani a* Costa **Praelectiones ad illustriores quosd. Titulos locaque selecta iuris civ. pag. 192.**

tur, hoc et in eadem persona recipiendum est: ut, *cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas,* videatur mihi data[35]).

In Ansehung des ersten Falles, ist African mit Ulpian vollkommen einverstanden. Allein in dem zweyten Falle läugnet erster ausdrücklich, daß durch jene Uebereinkunft ein Darlehn contrahirt worden sey. Es soll also nach seiner Meinung blos die **actio mandati** gegen den Schuldner Statt haben, jedoch so, daß er für die Gefahr des Geldes stehen, und die für den Gebrauch desselben etwa bedungenen Zinsen bezahlen muß. Die Stelle selbst lautet in der *L.* 34. *pr. D. Mandati* folgendermaßen.

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi esse debiturum cum usuris semissibus. Quaesitum est, an ex ea causa

35) Es verdient hiermit die Stelle in den *Basilicis* Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 15. nach Fabrot T. III. pag. 225. verglichen zu werden, wo sie folgendermaßen lautet: Επὶ τõυ δανείου τινὰ παρὰ τὴν ἀκρìβειαν ἐδέχθησαν. ἐαν̀ γὰρ ἐπιτρέψαντος μου παράσχῃ σοὶ ὁ χρεώστης μοῦ, ἐνέχῃ μοι, ἐι καὶ τὰ μάλιστα ὄυκ τῆν ἐμὰ τὰ νομίσματα. ἐι δὲ καὶ συμφωνήσομεν ἔχειν σε ἐν δανείῳ ἅπερ ἀπὸ ἐντολῆς χρεωστεῖς μοι, δοκεῖς δεδωκέναι μοι, καὶ λαβεῖν ἐξ ἐμõυ. i. e. *In mutuo quaedam contra rationem iuris recepta sunt: nam si tibi debitor meus mandatu meo pecuniam dederit, obligaris mihi, quamvis nummos meos non acceperis. Sed etsi convenerit, ut crediti nomine habeas, quae mihi ex causa mandat debes, videris mihi ea dedisse, et a me accepisse.*

causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint? Respondit, *non esse creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse.* Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benigne receptum est. His argumentum esse, eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam, ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepisset argentum. *Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*[36]).

Man

36) In den *Basilic.* T. II. Lib. XIV. Tit. I. Const. 34. pag. 151. lautet diese Stelle so. Ἐὰν ὁ διοικῶν τὰ πράγματά μου χρεώστας ἀπαιτήσῃ, καὶ γράψῃ μοι τουτο τὸ ποσὸν εἶναι παῤ αὐτῷ ἐν δαν'ει ἐπὶ τοιῷδε τόκῳ, οὐκ ἔχει χώραν ὁ δανειακὸς, ἀλλ' ἡ περὶ ἐντολῆς αἀγωγή. καὶ ὁ γράψας ἐγκινδυνέυσει ἐπὶ τοῖς χρήμασιν, καὶ δίδωσι τόκον. οὐ γὰρ ἐξ ἑκάστου συναλλάγματος, ἀπὸ ψιλοῦ συμφωνου συνίσταται δάνειον· ἐι καὶ τὰ μάλιστα γὰρ ἐπιτρέπων τῷ ἔχοντί μοι ἐν παραθήκῃ χρήματα, ἔχειν αὐτὰ δεδανεισμένα, συνίστημι δαν'ειον, ὅμως ἐμὰ ὄντα τὰ χρήματα, γίνεται αυτοῦ. Φιλαγάθως δὲ ἐδέχθη συνίσταςθαι δάνειον, ὅτε κελέυσει μου λάβῃς παρὰ τοῦ χρεώςου μου. i. e. *Si is, qui negotia mea procurabat, debitores meos exegerit, et mihi per epistolam significaverit, eam quantitatem apud se esse ex causa crediti sub usuris certis,*

Man hat mancherley Versuche gemacht, beyde Stellen mit einander zu vereinigen. Nach einigen[37]) soll der Unterschied darin liegen, daß Ulpian von Anwesenden, African hingegen von Abwesenden rede. Andere[38]) suchen die Vereinigung darin, daß in dem Falle, von welchen African redet, blos eine einseitige Erklärung von Seiten des Mandatars geschehen sey, weil in der *L.* 34. nicht ausdrücklich gesagt wird, daß der Mandant auf den Brief geantwortet habe. Ulpian hingegen rede von dem Falle, wo zwischen dem Mandanten und dem Mandatar die

certis, actioni si certum petatur de rebus creditis locus non erit, sed mandati: et pecuniae periculum ad eum, qui epistolam misit, pertinebit, et usuras praestabit: non enim ex omni contractu nuda pactione creditum contrahitur. Quamvis enim si pecuniam apud aliquem depositam concesserim, ut creditum habeat, creditum contrahatur: hoc tamen procedit, quia nummi, qui mei erant, eius fiunt. Benigne autem receptum est, ut mutuum contrahatur, cum iussu meo pecuniam acceperis a debitore meo.

37) *Io.* Voet in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5. *Hellf. Ulric.* Hunnius Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. I. Q. 6. *Henr.* Kellinghusen Diss. de Legibus nonnullis Romanor. *Franequerae* 1744. Cap. 13. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertat. iuridicar. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 38.) und Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. §. 466. in fin.

38) *Lud.* Charondas Πειθανῶν s. Verisimilium Lib. III. cap. 14. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 793.) *Io.* Goeddaeus in Comm. de rebus creditis Cap. III. nr. 85. sq. p. 246. *Io.* Corasius Miscellaneor. iuris civ. Lib. VI. cap. 16. *Sac. Herm. ab* Idsinga Varior. iuris civ. (*Harlingae* 1738.) cap. 10. et in Diss cit. de mutuo. Cap. V. §. 4. *Car. Frid.* Walch Introduct. in Controv. iuris civ. pag. 500. Not. *) und Hofacker Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1864. not. e.

die ausdrückliche Uebereinkunft war getroffen worden, daß letzter das für den erstern erhobene Geld, als ein Darlehn behalten solle. Noch andere [39]) wollen die Antinomie durch Unterscheidung des Zeitalters der beyden Rechtsgelehrten heben. Sie sagen, Africanus, der älter als Ulpian sey, rede von dem ältern Rechte, letzterer aber von dem zu seinen Zeiten eingeführten neuern Rechte. Allein gegen alle diese Vereinigungsarten ist noch immer viel einzuwenden. Denn 1) hat der Unterschied, welcher nach der ersten Meinung zwischen Gegenwärtigen und Abwesenden gemacht wird, hier auf die Entscheidung der Frage nicht den mindesten Einfluß. Es ist auch in der *L.* 15. *h. t.* keine Spur zu finden, daß das Geschäft unter Anwesenden geschlossen worden sey, und eben so wenig setzt African *L.* 34. den Grund seiner Entscheidung darin, daß die Partheyen abwesend waren, sondern sein Grund ist der, ***non ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse.*** Denn nach der Regel des gemeinen Rechts, an welche sich hier African hält, kann das Darlehn, als ein Realcontract, nur durch die Uebergabe einer dem Darleiher eigenen Sache sein Daseyn erhalten. **In mutuo enim,** sagt Justinian [40]), **ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat.***

39) *Vigl.* Zuichemus in Praelection. in Tit. Pand. de rebus credit. (*Coloniae* 1582. 8. ad L. 15. h. t. nr. 51. pag. 186.) *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 273. *M. Aur.* Galvanus de Usufructu Cap. 33. §. 14. pag. 481. *edit. Tüb. Henr.* Brenckmann Disputat. de Legum inscriptionib. §. 22. (in *Abrah.* Wieling *Iurisprud. restituta* Tom. II. pag. 168.) *Frid. Gottfr.* Houck Diss. de rationibus veterum ICtorum falso suspectis. *Trajecti ad Rhen.* 1734. *Cap. I.* §. 4. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 326.)

40) *Pr. I. Quib. mod. re contrah. obligat.*

fiat. Es kann also durch den bloßen Vertrag, daß der Schuldner das Geld, davon der Gläubiger selbst noch nicht Eigenthümer war, als ein Darlehn behalten solle, nicht schlechthin geschlossen werden. Dies ist eigentlich der Ideengang des Africans[41]. Wenn man hingegen **2**) nach der andern Meinung annehmen wollte, daß auf den Brief des Mandatars keine Antwort erfolgt, und also in dem Falle, wovon African redet, eine blos einseitige Erklärung geschehen sey, so wäre es in der That gar keiner Frage werth gewesen, ob der Mandatar durch sein Schreiben seine Verbindlichkeit aus dem Mandatcontract, ohne Einwilligung des Mandanten, in ein Darlehn habe verwandeln können. Die verneinende Antwort derselben verstand sich ja von selbst, ohne daß es deshalb der vom African angeführten Zweifels- und Entscheidungsgründe bedurft hätte. Allein daß hier wirklich von keiner einseitigen Erklärung, sondern von einem wirklichen Vertrage, der bekanntermaßen auch unter Abwesenden durch Briefe geschlossen werden kann[42]), die Rede sey, beweisen die Worte: **alioquin dicendum, ex omni contractu, *nuda pactione*, pecuniam creditam fieri posse**, ferner: **tamen usuras, *de quibus convenerit*, praestare debeat**, unwidersprechlich. **3**) Der Vereinigungsart nach dem Unterschiede des Zeitalters der beyden Rechtsgelehrten steht entgegen, daß aus dem Fragment des Ulpians nicht zu ersehen ist, daß er das neuere Recht

41) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. ad Institut. Disp. XXXII. Th. 7. BORCHOLTEN de mutuo Cap. 5. nr. 25. *Nicol.* DE PASSERIBUS Conciliat. Legg. pag. 176. und VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 40.

42) *L.* 2. *D. de pactis.* *L.* 15. *D. de fundo dotali.*

Recht seines Zeitalters habe vortragen wollen[43]). Nein, Ulpian läugnet keinesweges, daß das, was African lehrt, der Regel des gemeinen Rechts gemäß sey. Auch Paulus, ein Zeitgenoß Ulpians, besteht fest auf dem Grundsatz: *In mutui datione oportet dominum esse dantem*[44]). Daß auch Ulpian in dem *Libro* 31. *ad Edictum*, woraus die *L.* 15. *D. h. t.* genommen ist, eben so, wie African, vom Mandatscontract gehandelt habe, erhellet aus *L.* 8. 10. 12. 14. *et* 16. *D. Mandati.* Allein er meint, weil man schon in mehreren Fällen von der Regel des gemeinen Rechts, daß der Darleiher Eigenthümer der darzuleihenden Sache seyn müsse, abgewichen sey, und insonderheit gegen diese Regel, der Billigkeit wegen, den Satz angenommen habe, daß ein Darlehn durch Anweisung eines Schuldners mit

43) Goeddaeus in Comm. de reb. credit. Cap. 3. nr. 75. pag. 241. meint sogar, es sey überhaupt noch gar nicht entschieden, ob African vor oder nach Ulpian gelebt habe. Allein darin hat er wohl offenbar unrecht. Daß African älter als Ulpian ist, läßt sich wohl nicht bezweifeln. Denn African lebte unter Hadrian und Pius, und also noch vor den Zeiten des Severus und Antoninus, unter welchen Ulpian lebte, wie Cujacius ad Africanum Tractat. I. und in Observation. Lib. VII. cap. 2. aus *L.* 3. §. 4. *D. agnosc. et alend. liberis* und *L.* 109. *D. de legatis I.* erwiesen hat. Er ist eben derjenige *Sextus Caecilius Africanus*, dessen Gellius Lib. XX. cap. 1. gedenkt. S. *Bern. Henr.* Reinoldi Opuscul. iurid. pag. 312. Er war übrigens ein großer Verehrer Julians, und giebt desselben Meinungen immer unbedingten Beyfall. S. *Gottfr.* Mascov de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IV. §. 3. pag. 80. sqq.

44) *L.* 2. §. 4. *D. h. t.*

mit der Zahlung an denjenigen, dem man ein Darlehn geben will, contrahirt werden könne, wie African selbst nicht läugnen kann; so lasse sich aus gleichem Grunde der Billigkeit durch eine fictio brevis manus füglich annehmen, daß auch in dem Falle, da ich meinem Anwalt gestatte, das für mich eingenommene Geld, als ein Darlehn, für sich zu behalten, der contractus mutui gültig geschlossen werde. Denn es verdienen hier besonders die Worte erwogen zu werden, wenn Ulpian sagt: *Quod igitur* in duabus personis *recipitur*, hoc et in eadem persona *recipiendum* est. Der sicherste und richtigste Weg, den auch die meisten[45]) betreten haben, ist also wohl der, wenn man annimmt, daß African nach dem strengen Rechte entschieden habe, und sich also gegen diejenige Meinung erkläre, die Ulpian als die billigere annimmt, welche auch unstreitig nach und nach durch den Gerichtsgebrauch herrschend geworden ist, wie sich aus der *L.* 6. *Cod. Si certum petatur* schließen läßt, und daher heut zu Tage zur Entscheidungsnorm dienen muß.

5) Wenn ich einem Dritten den Auftrag gebe, das Geld, warum mich Jemand angesprochen hat, demselben für meine Rechnung, als ein Darlehn, auszuzahlen. Auch hier

45) *Iac.* Cujacius ad Africanum Tractat. VIII. ad L. 34. D. Mandati. *Eman.* Soarez *a* Ribeira Observation. iuris Cap. 4. (in *Ger.* Meerman *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 567.) *Casp.* Schifordegher ad *Anton.* Fabrum Lib. II. Tract XVI. Quaest. 5. *Arn.* Vinnius Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 40. *Ant.* Schulting Thesium controversar. Decad. XXXV. Th. 3. Barclaius ad L. 15. D. h. t. bey Otto T. III. pag. 858. *Theod. Lamb.* Prins cit. Specim. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. II. §. 11. u. a. m.

hier ist, als Ausnahme von der Regel, angenommen, daß ich gegen den Empfänger des Geldes **condictionem mutui** anstellen kann, nicht anders, als ob er das Geld von mir selbst bekommen hätte. Es liegt aber hier nicht blos eine **fictio brevis manus** zum Grunde, sondern dieser Fall weicht auch darin von der Regel ab, daß hier dem Gläubiger durch eine freye Person eine **Obligatio** erworben wird. Das Nämliche findet sogar in dem Falle statt, wenn Jemand sein Geld in meinem Namen ohne meinen Auftrag einem Dritten darleihet, sofern ich solches nachher genehmiget habe. Denn die Ratihabition wird retrotrahirt, und gilt für einen Auftrag. Beyde Fälle hat Ulpian, welcher *L*. 9. §. 8. *D. h. t.* sagt:

Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos absente te et ignorante, *Aristo* scribit, adquiri tibi condictionem. *Iulianus* quoque de hoc interrogatus, libro decimo scribit, veram esse *Aristonis* sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor *meus et* futuro debitori nostro.

So lieset nämlich die Florentine. Daß aber die Worte *meus et*, keinen Sinn haben, leuchtet in die Augen. Schon Taurellus hat daher in seiner Ausgabe die Bemerkung gemacht, daß in einer alten Handschrift statt meus et, *numeret* gelesen werde. Diese Leseart haben auch Haloander und Baudoza; und Brenkmann bemerkt in dem Gebauerschen **Corpore iuris**, daß er sie in acht Handschriften eben so gefunden habe. Ich kann

diesen auch noch unsern Erlanger Pandecten-Codex beyfügen. Gerhard Noodt[46]), und Wilhelm Barclai[47]) geben dieser Leserart ihren vollen Beyfall. Man kann auch nicht läugnen, daß hierdurch ein richtiger Sinn hergestellt werde. Allein Wilhelm Best[48]) hält dennoch diese Leseart für eine **liberior conjectura interpretis cuiusdam.** Nach seiner eigenen Emendation soll man so lesen: ***ut nostro nomine creditor meus*** DET ***futuro debitori nostro.*** Er rechtfertiget diese Leseart durch folgende Erläuterung: **h. e. ut ille, a quo posco pecuniam, creditor meus futurus (utpote qui me ex causa mandati habebit obligatum) det futuro debitori meo ex causa mutui, atqui ita mihi condictionem acquirat.** Diese sehr bescheidene Emendation billigen auch vorzüglich Odsinga[49]), Coccejus[50]) und Neuhaus[51]). Nicht gleichen Beyfall hat die Emendation des Godefroi[52]) erhalten, welcher statt: ***creditor meus et futuro debitori, credamus futuro debitori nostro***, oder ***credatur futuro debitori nostro*** gelesen wissen will. Coccejus verwirft sie mit Recht. **Neque enim integra verba,** sagt er, **per errorem inserta codici florentino alias accuratissimo praesumi debent.** Vielleicht dürfte die-

46) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 276.

47) Commentar. ad h. L. in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 846

48) Ratio emendandi Leges Cap. XXV. §. 2. pag. 372. edit. *Lips.* 1745. 8.

49) Diss. de mutuo Cap. V. §. 2.

50) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 10.

51) Not. ad Bestii Ration. emend. LL. pag. 372.

52) Not. ad L. 9. D. h. t.

dieser Grund auch die neuere Conjectur treffen, welche Wilhelm a Teisterbant, genannt Bilderdyk[53]), dem gelehrten Publikum mitgetheilt hat. Er verwandelt nämlich die Worte ***creditor meus et***, in ***creditum numeret***. Ob diese Veränderung den Namen einer **simplicissima correctio** verdient, den er ihr selbst beylegt, mag der Critiker beurtheilen. Ich würde der Bestischen Emendation, als der bescheidensten, ohne Bedenken den Vorzug einräumen, wenn nicht der Pluralis ***credituri*** mit dem darauf folgenden Singularis ***creditor meus*** zu sehr contrastirte. Dieser Anstoß fällt aber bey der durch die Auctorität so vieler alten Manuscripte unterstützten Leseart ***numeret***, statt ***meus et***, weg. Daher trage ich keinen Augenblick Bedenken, diese Leseart mit Walch[54]) allen übrigen Conjecturen vorzuziehen. Schade, daß uns die Basiliken hier ganz verlassen. Sie enthalten zwar die Stelle Ulpians[55]), aber nur den ersten Fall, der letztere Theil derselben, bey welchem gerade die streitige Leseart vorkommt, fehlt in denselben. Man überzeuge sich hiervon aus folgenden Worten:

Εὰν ἐμὰ νομίσματα ὀνόμα τί σου παράσχω ἀπόντος σου καὶ αγνοοῦντος, συνίσταται δανειον. **i. e.** ***Si nummos meos tuo nomine dedero, absente te, et ignorante, mutuum contrahitur.***

Soviel übrigens den Inhalt der Stelle selbst anbetrifft, so waren zwar die römischen Rechtsgelehrten darin ein=

53) **Observation. et Emendation. Cap. XVI. pag. 122.**

54) **Introduct. in controvers. iuris civ. pag. 503. Not. *).**

55) **Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 9. §. 7. pag. 222.**

einverstanden, daß wenn ich Jemandem den Auftrag gebe, einem Dritten für mich Geld darzuleihen, mir hierdurch die **condictio ex mutuo** erworben werde. Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* sagt:

Si voluntate mea tu des pecuniam, *mihi actio acquiritur*, licet mei nummi non fuerint.

Allein zweifelhafter war der andere Fall, wenn Jemand, ohne meinen Auftrag, sein Geld für mich einem Dritten darleihet. Emanuel Soarez a Ribeira[56]) kann nicht begreifen, wie hier durch eine **fictio brevis manus** ein Darlehn zwischen mir und dem dritten Schuldner contrahirt werde. Er glaubt daher, daß auch hier ein geschehener Auftrag angenommen werden müsse, und folglich die Worte ***te absente et ignorante*** nicht sowohl die Form des Contracts andeuten, als vielmehr von der Zeit der Numeration zu verstehen wären. Allein diese Erklärung ist offenbar erzwungen, und ist dem ganzen Zusammenhange zuwider. Denn die nachfolgenden Worte ***tua voluntate***, lehren ja unwidersprechlich, daß vorher von einem solchen Falle die Rede war, wo kein Auftrag zur Auszahlung des Darlehns war ertheilet worden. Man unterscheide also vielmehr mit Gerhard Noodt[57]), ob ich das für meine Rechnung ohne meinen Auftrag gegebene Darlehn nachher genehmige, oder nicht. Im ersten Falle wird ein Darlehn zwischen mir und dem Dritten, der das Geld in meinem Namen erhalten hat, contrahirt. So entschied

56) Observation. iuris cap. 13. (in MEERMAN *Thes. iuris civ. et canon. Tom. V. pag.* 573.)

57) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II *Oper.* pag. 277.

schied Aristo, und Julian stimmt dieser Meinung bey. Es kann wohl seyn, daß nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverstanden gewesen sind. Sie war aber unstreitig nach Ulpian die herrschende. Im letzten Falle hingegen versteht sich's, daß mir nicht wider meinen Willen eine Klage aufgedrungen werden kann. Derjenige kann also nur gegen den Schuldner klagen, der ihm das Geld gegeben hat. Da dieser jedoch nicht die Absicht hatte, für sich zu erwerben, so kann er der Billigkeit wegen nur ***condictione certi utili*** klagen[58]).

Wenn nun gleich die Uebergabe, sie geschehe wirklich oder **brevi manu**, zur Entstehung eines Darlehns wesentlich nothwendig ist; so dürfen doch auch nicht die zu einem gültigen Vertrage überhaupt erforderlichen Eigenschaften fehlen[59]). Ein Irrthum, welcher die Einwilligung hindert, steht daher der Gültigkeit eines Darlehns sogut, wie jedem andern Vertrage, im Wege. Denn es gilt auch hier die Regel: ***mutuum, nisi inter consentientes, contrahi non potest***. Publius Juventius Celsus hat hiervon einen merkwürdigen Fall in der berühmten ***L. 32. D. de rebus creditis***, welche die Alten ***legem auream, aureisque literis scribendam*** nennen[60]). Sie lautet folgendergestalt:

Si

58) *L.* 4. §. 1. *Cod. Si certum petat.* Idem si cessare mandatum animadverterit, *utilem tibi adversus debitorem eo actionem nomine competere* non negabit. S. PRINS Diss. cit. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. II. §. 12.

59) *L.* 1. §. 3. *D. de pactis.* Adeo *conventionis* nomen generale est, ut eleganter dicat *Pedius*, nullum esse contractum, nullam obligationem, *quae non habeat in se conventionem.*

60) S. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 32. h. t.

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse: an mihi obligaris? Subsisto: siquidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (*hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest*); sed quia pecunia mea[61]) ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et equum est.

Es war hier ein Irrthum in der Person des Gläubigers vorgefallen, der die Entstehung einer obligatio ex mutuo hinderte. Der Fall war nämlich der. Sempronius spricht mich, und nachher auch den Titius um ein Gelddarlehn an. Da ich gerade nicht bey Gelde war, so vertröste ich ihn auf die Heimzahlung eines Capitals, welches ihm mein Schuldner, auf meine Ordre, auszahlen solle. Vermuthlich mochte ihn Titius auf gleiche Art vertröstet

61) Die Florentine lieset *mea*, QUAE *ad te pervenit.* Allein Haloander und Baudoza haben das *quae* nicht. Auch in unserm *Cod. Pand. mspto Erlang.* fehlt es; und diese Lesart scheint mir den Vorzug zu verdienen. *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptar. Lectionum iuris civ. pag. 77. sucht indessen die florentinische Leseart zu vertheidigen, und beruft sich auf mehrere Stellen der Classiker (CICERO *de L. Agrar.* I. c. 4. et II. c. 9. CICERO *de prov. consul.* cap. 15. Id. *ad Atticum* Lib. VIII. Ep. 12. *Iul.* CAESAR *de Bello civ.* Lib. I. c. 41.), wo eine ähnliche Construction vorkommen soll. In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 32. pag. 228. heißt es: *δάνειον μὲν οὐ συνέστη, ἐνέχῃ δὲ μοι εἰς τὸ δοῦναί μοι ἅπερ ἐκ τῶν ἐμῶν ἔλαβες.* i. e. ***mutuum quidem contractum non est, teneris tamen mihi reddere, quod ex re mea accepisti.***

tröstet haben. Ich schicke hierauf auch wirklich meinen Schuldner zu dem Sempronius hin. Dieser giebt ihm die Versicherung, daß er von ihm das benöthigte Geld erhalten solle. Es geschahe mittelst einer bey den Römern üblichen Stipulation, um sich desto gewisser darauf verlassen zu können. Er zahlt ihm auch wirklich die verlangte Summe aus. Allein Sempronius hält diesen Mann für den Schuldner des Titius, und stipulirt mit ihm in dieser Meinung. Wäre hier kein Irrthum in der Person des Gläubigers vorgegangen, so wäre wegen des beim Darlehn angenommenen Princips der **fictio brevis manus** die Gültigkeit des Contracts gar keinem Zweifel unterworfen. Allein wegen des Irrthums, in welchem sich Sempronius befand, hatte er gar nicht mit mir contrahirt. Ich kann also auch nicht **ex mutuo** gegen ihn klagen. Soll aber deswegen gar keine Klage Statt haben? dies wäre unbillig. Sempronius hat doch das Geld von meinem Schuldner erhalten. Er muß es also auch wiederbezahlen. Mit Recht wird ihm daher der Billigkeit wegen eine Klage zugestanden. Was ist dies aber für eine Klage? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht einig. Einige[62]) halten sie für eine *actio mutui utilis*, andere[63]) für eine *condictio indebiti*, andere für eine *condictio sine causa*[64]), noch andere für eine

62) Pufendorf Observation. iur. univ. Tom. II. Obs. 183. §. 2. und Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 767. verglichen mit seines Sohnes Commentar über dieses Lehrbuch 3. Band. §. 766.

63) Busius Comm. ad L. 32. h. t.

64) Barclajus ad L. 32. und *Desid.* Heraldus de rerum iudicatar. auctoritate Lib. II. cap. 23. §. 7. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* T. II. pag. 1270.)

eine *condictio certi generalis*[65]), noch andere[66]) für eine *condictio ex Lege*, wieder andere[67]) für eine *actio in factum*, und wieder andere[68]) für eine *actio de in rem verso utilis*. Ist Einem an dem Namen der Klage gelegen, so kann man sie meinetwegen mit Westenberg[69]) eine *condictio ex L. 32. D. de rebus creditis*, oder mit Joh. Lud. Conradi[70]), nach ihrem Erfinder, dem römischen Juristen, Juventius Celsus, *Condictio Iuventiana* nennen.

§. 780.

Inwiefern enthält der Darlehenscontract eine Alienation?

Daß im Darlehn das Eigenthum der dargeliehenen körperlichen Sache auf den Empfänger übertragen werde, lehrt der Begriff, und eben dies beweisen die oben (§. 777.) angeführten Gesetzstellen so klar, daß darüber kein Zweifel entstehen kann. Auch in den Basiliken[71]) heißt es ausdrücklich: τὸ δὲ δάνειον μετατίθησι δεσποτείαν, i. e. *mutuum autem dominium transfert*. Justinian setzt hierin vorzüglich

65) Breuning Quaest. iuris controv. an mutuum contrahi possit inter ignorantes. *Lipsiae* 1772. §. 7.

66) So nennen sie *Wolfg. Adam.* Lauterbach in Commentat. in L. Si me et Titium XXXII. D. de reb. credit. *Tübingae* 1673. und *Died. Gotth.* Eckard in Diss. de condictione ex L. 32. D. de reb. cred. *Lipsiae* 1729.

67) Bachov Tr. de actionib. Diss. IV. Th. 24.

68) Leyser Meditat. ad Pandect. Specim. CXXX. medit. 8.

69) De causis obligationum Dissertat. III. cap. 2—5. 70.

70) De Iuventiana condictione, quae est in L. 32. D. de rebus creditis. *Marburgi* 1774. 8.

71) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Constit. 2. §. 3. pag. 220.

lich den Unterschied zwischen ***mutuum*** und ***commodatum***. Denn im Leihcontract wird dem Andern blos der bestimmte Gebrauch einer Sache unentgeldlich eingeräumt, und zwar so, daß der Empfänger eben dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauche wieder zurückgeben muß. Hier wird also kein Eigenthum übertragen. Daher darf auch hier der Empfänger nicht für den Zufall haften, wie der Darlehnnehmer[72]), welcher die empfangene Sache, nicht **in specie**, son-

72) Zuweilen geht die Gefahr des zufälligen Verlustes auf den Empfänger über, wenn gleich der Darlehnscontract noch nicht zur Wirklichkeit gekommen ist. Beyspiele enthält folgende merkwürdige Stelle. *L.* 4. *D. de reb. cred.* **Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit,** ***ut pretio uteretur***, **periculo suo rem habebit.** Es ist jedoch in dem hier angeführten letztern Falle nach Maasgebung der *L.* 11. *pr. D. h. t.* ein Unterschied zu machen, ob die Absicht ein Darlehn zu geben die alleinige Ursache war, warum ich die Sache dem Empfänger zum Verkauf gegeben habe, oder ob sie mir schon vorher feil war, und ich dem Empfänger blos erkläre, daß er das daraus zu lösende Geld als ein Darlehn behalten solle. Nur im ersten Fall trägt der Empfänger den Schaden, wenn die Sache vor dem Verkauf durch Zufall verlohren geht. In dem letztern aber muß ich den Schaden selbst tragen. Es heißt nämlich *L.* 11. *cit.* **Quod si lancem, vel massam sine tua culpa perdideris prius, quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaestionis est? Mihi videtur** ***Nervae*** **distinctio verissima, existimantis, multum interesse,** ***venalem habui hanc lancem*** **vel** ***massam***, **nec ne: ut si** *ve-*

sondern nur der Gattung, Qualität und Quantität nach, restituirt. Der §. 2. *I. Quib. mod. re contrah. obligatio* sagt:

Is, cui res aliqua utenda datur, id est, *commodatur*, — ab eo, qui *mutuum* accepit, longe distat: namque non ita res datur, *ut eius fiat*, et ob id *de ea re ipsa restituenda* tenetur[73]). Et is quidem, qui *mutuum* accepit, si *quolibet fortuito casu* amiserit, quod accepit: veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu: *nihilominus obligatus remanet*. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, — sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenit.

Da nun die Uebertragung des Eigenthums auf einen Andern eine Alienation im rechtlichen Sinn genennt wird; Est

venalem habui, *mihi perierit*, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, ut venderem, *sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periise*; et maxime, si sine usuris credidi. Man vergleiche *Franc.* Duareni Commentar. in h. Tit. Pand. Cap. 8. *Operum* pag. 891. *Ulr.* Huberi Eunom. Roman. Lib. XII. ad L. 11. D. de reb. cred. pag. 467. und *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. XXXV. Th. 5.

73) Theophilus *in Paraphr. graeca* ad h. §. 2. setzt diesen Unterschied noch deutlicher auseinander, wenn er sagt: το μὲν γὰρ δάνεισμα μετατίθησι δεσποτεὶαν, τὸ δέ κομμοδάτον οὐ μετατίθησι· καὶ διὰ τοῦτο τῇ τοῦ πράγματος ἀποκαταστάσει κρατεῖται ὁ χρησάμενος. i. e. *Mutuum enim transfert dominium, at Commodatum non transfert: atque ideo commodatarius ad ipsius rei restitutionem tenetur.*

Est enim *alienatio* omnis actus, per quem dominium transfertur:

wie die Kaiser Sever und Antonin *L.* 1. *Cod de fundo dotali* rescribiren: so ergiebt sich hieraus die unläugbare Folge, daß ein gültiges Darlehn die volle Veräußerung der Sache enthalte. Die Gesetze sagen dieses auch an mehreren Orten ganz ausdrücklich. Denn wenn uns Paulus *L.* 16. *D. h. t.* belehren will, daß von gemeinschaftlichen Geldern zwar jeder seinen Antheil wegleihen, aber keiner das gemeinschaftliche Geld für sich allein und ohne Wissen und Einwilligung der übrigen Theilhaber gültig auf ein Anlehn geben könne, so führt er zum Grunde seiner Entscheidung an: quia suae *partis tantum alienationem habuit:* und African sagt *L.* 41. *D. h. t.* geradezu: Quas vero pecunias *ipse credidisset*, eas non ex maiore parte, quam ex qua ipse heres sit, *alienatas* esse. Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde, mortuo me, ignorans dederis, *accipientis non facies.* Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, *ut credendo nummos alienaret.* Ich füge noch Justinians Zeugniß aus §. 2. *I. Quibus alienare licet* hinzu, wo es heißt: Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam rem ullam sine tutoris auctoritate *alienare* posse. Ideoque si *mutuam pecuniam* sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, *quia pecuniam non facit accipientis.*

Die Alienation geht jedoch blos auf die individuelle Sache, welche im Darlehn dem Andern eingehändiget wird, nicht auf die Quantität, oder das Genus. Denn

Denn der Gläubiger behält das Recht auf eine gleiche Quantität. In dieser Beziehung sagt Ulpian *L.* **213. §. 1.** *D. de verbor. Signif.* **Aes alienum est, quod nos alii debemus: Aes suum est, quod alii nobis debent.** Auf solche Art läßt sich nun der Streit leicht beylegen, welcher zwischen Salmasius[74]) und seinen Gegnern Carl Annib. Fabrotus[75]), Joh. Jacob Wissenbach[76]), Cyprian Regneri[77]), Polycarpus Sengeber

74) Salmasius hatte nämlich zuerst in seinem Buche de Usuris. *Lugd. Batav.* 1638. und nachher in der Vorrede seines Tractats de modo usurarum eine neue Meinung vorgetragen, daß nämlich im Darlehn keine Veräußerung vorgehe. Diese hatte er hierauf in einer besondern Diatriba, in mutuo non fieri alienationem, unter dem Namen *Alexii a* Massalia, *domino de sancto Lupo. Leidae* 1640. weitläuftiger zu erweisen gesucht. Er antwortete auf die ihm entgegen gesetzten Gründe noch in einer besondern Schrift unter dem Titel: Disquisitio de mutuo, qua probatur non esse alienationem. *Lugd. Bat.* 1645. Es erfolgten nach dieser Streitschrift noch mehrere, welche Salmasius gegen einzelne Gegner, nämlich gegen Heraldus, Wissenbach, Gösius u. Sengeber richtete. Man sehe *Ger.* Meerman Praefat. Tomi III. *Thesauri iur. civ. et canon.* pag. 5. sq. *Mart.* Lipenii Biblioth. iurid. cum Supplem. *Schott. v. Mutuum an sit alienatio?* und Walch Introd. in controv. iuris civ. pag. 497.

75) Epistola de mutuo. *Lugd. Bat.* 1645. 8. Eiusdem Replicatio adversus Cl. *Salmasii* refutationem, in qua mutuum alienationem esse ostenditur. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1242. sqq.)

76) Diatriba de mutuo esse alienationem eiusque vindiciae. *Franequerae* 1660. 12.

77) P. *Cunaei* sententia: mutuum esse alienationem, adversus *Salmasium* defensa a *Cypriano* Regneri. *Lugd. Bat.* 1640. Eiusdem Propemticon ad Salmasium. *Ibid. eod.*

ber[78]), Wilhelm Gösius[79]), und Joh. Otto Tabor[80]) über die Frage, ob das Darlehn eine Veräußerung enthalte, entstanden ist. Das Hauptargument, worauf Salmasius seine Hypothese bauet, nämlich die Stelle Ulpians, welcher *L.* 55. *D. de Solutionib.* sagt:

Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur: quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur,

ist gerade das unbedeutendste. Denn der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier vom Darlehn gar keine Rede sey, sondern von der Bezahlung einer Schuld, welche, wie zuweilen der Fall ist, blos zum Schein (**dicis causa**) geschieht, und wodurch also der Schuldner nicht befreit wird. Ueberdem sagt hier Ulpian keinesweges: **non alienari nummos, qui sic dantur,** ***ut pro iis alii eiusdem generis et qualitatis reddantur***, wie im Darlehn geschieht, sondern er sagt: ***non alienari nummos***, **qui sic dantur,** ***ut recipiantur.*** Es ist also hier **de ipsis nummorum corporibus** die Rede, die ich z. B. dem Andern blos zur Prahlerey leihe, und welche er mir in Natur ersetzen muß. Hier kann denn freylich von keiner Alienation die Frage

78) Disceptatio de mutuo adversus Cl. *Salmasii* novum dogma. *Lutetiae* 1646. (in *Ger.* MEERMAN *Thesaur. iur. civ. et canon.* Tom. III. pag. 369. sqq.)

79) Vindiciae pro recepta de mutui alienatione sententia. *Lugd. Batav.* 1646. 8. rec. *Halae* 1768.

80) Redargutio Elenchorum *Salmasii* de mutuo. (Adj. EIUSDEM *Tractatib. synopt. trib. de iure socidae* etc. *Argentorati* 1646. 8. pag. 353. sqq.)

Frage seyn, weil das Geschäft ein **Commodatum** ist[81]). Der Unterschied, den Salmasius überdem zwischen Uebertragung des Eigenthums, welche er beim Darlehn nicht läugnet, und Alienation macht, die er darum nicht zugeben will, weil der Darlehnsempfänger eine gleiche Quantität dereinst zurückzahlen muß, zeigt von ganz unrichtigen Begriffen, wie Cornelius van Bynkershök[82]), Anton Schulting[83]), van Idsinga[84]), Ernst Fried. Schröter[85]), Christ. Gottl. Einert[86]) und Theodor Lambert Prius[87]) zur Genüge dargethan haben.

§. 781.

Wer kann ein Darlehn geben?

Aus dem Grundsatz, daß das Darlehn die volle Veräußerung der dargeliehenen Sache enthält, ist nun zunächst die Frage zu entscheiden, wer ein gültiges Darlehn geben könne? Es kann nämlich ein Darlehn nur der Eigenthümer geben, welcher die freye Verfügung über seine Güter hat,

81) Cujacius in Iulio Paulo ad L. 2. pr. D. de reb. credit. und Schulting Thes. controversar. Decad. XXXV. Thes. 10. in fin.

82) Opuscul. de rebus mancipi et nec mancipi. Cap. IX. circa fin. (in *Opuscul. Lugduni Batav.* 1719. pag. 134.)

83) Iurisprud. Antejustin. pag. 147.

84) Diss. de mutuo. Cap. IV. (in Oelrichs *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 140. sqq.)

85) Diss. de alienatione in mutuo contra *Salmasium. Ienae* 1675.

86) Progr. de definitione alienationis, quae in mutuo fieri dicitur. *Lipsiae* 1772.

87) Diss. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. 3. pag. 31 sq.

hat[88]), oder wer sonst zur Veräußerung fremder Sachen befugt ist, wie z. B. ein Bevollmächtigter des Eigenthümers oder der Vormund[89]). Hieraus folgt,

I. daß Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, und also zu keiner einseitigen Veräußerung befugt sind, ohne Einwilligung ihrer Vormünder kein Darlehn geben können. Hierher gehören.

1) Pupillen. Von diesen sagt Cajus *L.* 9. *pr. D. de auctor. et cons. tutor.* Pupillus *credendo* obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest. Eben so Theophilus[90]): ὁ πούπιλλος ἤ ἡ πουπίλλα οὐ δύνανται ἐκποιεῖν τὰ οἰκεῖα πράγματα *sine tutoris auctoritate.* διὸ οὐδὲ δανείξουσι. i. e. *Pupillus vel pupilla res suas alienare nequeunt sine tutoris auctoritate*; *quare nec mutuum dant.*

2) Minderjährige. Das Römische Recht unterscheidet zwar in Ansehung derselben, ob sie einen Curator haben, oder nicht. Nur in dem ersten Falle werden sie den Unmündigen gleichgeachtet, in dem letztern Falle hingegen können sie ein gültiges Darlehn geben[91]). Allein da sich dieser Unterschied darauf bezieht, daß Minderjährige nach

88) *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1866.

89) *L.* 2. *Cod. per quas personas.* *L.* 26. *D. h. t.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

90) *Paraphr. graec.* ad Lib. II. Tit. 8. §. 2.

91) *L.* 3. *Cod. de in integr. restit. minor.* S. *ab* Idsinga Diss. de mutuo Cap. V. §. 9.

nach dem Römischen Recht keinen Curator wider ihren Willen erhielten[92]), welches aber nach den deutschen Reichsgesetzen[93]) abgeändert ist, so fällt dieser Unterschied heut zu Tage weg, und es gilt also hier eben das, was vom Darlehn bey den Unmündigen bemerkt worden ist[94]).

3) Gerichtlich erklärte Verschwender (*Prodigi*)[95]).

4) Wahnsinnige[96]).

Eben so wenig kann Jemand

II. fremde Gelder ohne Einwilligung des Eigenthümers zum Darlehn geben[97]). Auch nicht einmal ein **Socius** kann gemeinschaftliche Gelder ohne Einwilligung der übrigen Mittheilhaber wegleihen. Das Darlehn ist nur in Ansehung seines Antheils gültig. Denn Cajus sagt *L.* 68. *pr. D. pro socio*: **Nemo ex sociis plus** ***parte sua*** **potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.** Vorzüglich aber gehören hieher folgende Stellen.

L. 13. §. 2. *D. de reb. credit.* **Nam et si communes tibi nummos credidero centum, posse me quinquaginta condicere,** ***libro octavo Quaestionum*** **PAPINIANUS scribit: etiamsi singula corpora communia fuerint.**

L. 16.

92) §. 2. *I. de curator.*

93) Reichsabsch. vom J. 1548. u. 1577. Tit. 32.

94) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 14. nr. 3.

95) *L.* 6. *D. de Verbor. obligat.* S. Fried. Hoppe Versuch, die Lehre von juridischen Verschwendern syst. u. critisch zu bearbeiten. Giessen u. Darmstadt. 1803. §. 8.

96) *L.* 12. *D. h. t. L.* 24. *D. de obligat. et action.* S. *Em.* MERILLII Commentar. ad L. 12. D. h. t. (bey OTTO Tom. III. pag. 668.)

97) *L.* 13. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

L. 16. *D. eodem.* Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet caeteri dissenserint. Quodsi *communem* numeravit, non alias creditam efficit, nisi caeteri quoque consentiant: *quia suae partis tantum alienationem habuit* [98]).

L. 94. §.1. *D. de Solutionib.* Sin autem *communes nummos credam*, aut solvam: confestim *pro parte mea* nascetur et actio et liberatio: sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.

Ist nun dennoch ein Darlehn in einem solchen Falle gegeben worden, wo der Darleiher nicht zur Veräußerung befugt war; so ist zwar der Contract an sich nichtig, und das Eigenthum wird daher durch die Uebergabe auf den Empfänger nicht übertragen. Es kann indessen das Geschäft noch in der Folge durch Consumtion oder Verjährung gültig, und hierdurch die actio mutui wider den Empfänger begründet werden. Da jedoch nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverstanden sind, so ist es nöthig, zuvörderst die Gesetze selbst hierüber zu vergleichen.

§.2. *I. Quib. alienare licet.* Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, rem ullam sine tu-

 toris

98) *Em.* Merillius Observat. Lib. VII. c. 21. untersucht hier ausführlich, ob diese *L.* 16. von einer societate omnium bonorum, oder nur partis bonorum zu verstehen sey. Er selbst ist geneigter, das Erstere zu behaupten, obwohl das letztere anzunehmen, dem Wortverstande viel angemessener ist. Wir können aber diese Frage hier ganz bey Seite gesetzt seyn lassen, weil darauf schlechterdings nichts ankommt. S. *van* Idsinga Diss. cit. Cap. V. §. 1.

toris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, *non contrahit obligationem*, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque *vindicari* nummi possunt, sicubi exstant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumti sunt, *condici* possunt: si mala fide, *ad exhibendum* de his agi potest.

L. 11. §. 2. *D. de reb. cred.* Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? Et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua. Fugitivus autem, vel alius servus contra voluntatem domini credendo, *non facit accipientis*. Quid ergo? *Vindicari* nummi possunt, si extant; aut si dolo malo desinant possideri, *ad exhibendum agi*. Quodsi sine dolo malo consumsisti, *condici* tibi poterunt.

L. 12. *D. eodem.* Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit, *condictionem* furioso adquiri, Iulianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex iisdem etiam furioso adquiri. Item si is, qui servo crediderat, furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit: *condici* furiosi nomine posse. Et si *alienam pecuniam* credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit, et *consumta* sit ea pecunia, *condictionem* furioso adquiri.

L. 13. *pr. et* §. 1. *D. eodem.* Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: sed *consumtis eis, nascitur condictio*. Unde Papinianus

NUS *libro octavo Quaestionum* ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, *quam eos consumseris.* Quod si per partes eos consumseris, an per partes tibi condicam, quaerit? Et ait, condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem condico, quia nondum totos consumtos compereram.

L. 19. §. 1. *D. eodem.* Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi causa dederit, *consumta pecunia condictionem habet*, vel liberatur: *non alia ratione, quam quod facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse.* Quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, *consumta ea, et ipse pupillo obligatur*, vel eum a se liberabit; *et eum, qui dederit, obligatum habebit*, vel se ab eo liberabit. *Nam omnino, qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumta ea, habet obligatum eum, qui acceperit.*

Nach diesen Gesetzstellen sind also folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Das Geld ist bey dem Empfänger noch in Natur vorhanden. Hier kann es von dem Eigenthümer, oder dessen Vorgesetzten vindicirt werden, und es ist hier gleichviel, der Empfänger sey in gutem oder bösem Glauben. Ist jedoch nach der Uebergabe durch Verjährung das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen, so fällt auf Seiten des Eigenthümers jene Vindication weg, und dem Darleiher steht nun die actio mutui gegen den Schuldner zu [99]). 2) Das

99) S. *Franc.* Duareni Commentar. ad hunc. Tit. Pand. Cap. 2. in fin. (in *Operib.* pag. 881.) u. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 887.

2) Das Geld ist consumirt, das heißt, es ist ausgegeben oder mit dem eigenen Gelde des Empfängers dergestalt vermischt worden, daß es nicht mehr davon unterschieden werden kann[100]). Hier ist wieder ein Unterschied zu machen.

a) Das Geld ist redlicher Weise von dem Empfänger consumirt. Hier kann es condicirt werden. So sagen alle die angeführten Gesetzstellen. Es fragt sich aber, was dies für eine **condictio** sey? Viele[1]) sagen, es sey die **condictio sine causa**, weil das Darlehn an sich ungültig ist. Andere[2]) nehmen hier eine eigene **condictio de bona fide consumtis** oder **de bene depensis** an. Allein es ist in der That keine andere Klage als die **actio mutui**. Denn die **consumtio bonae fidei** macht, daß nun die Bedingung der Klage, nämlich Erwerbung des Eigenthums **ex causa mutui**, vorhanden ist[3]). Dies lehrt uns

1) Theo-

100) *L.* 78. *D. de Solut.* Ueberhaupt heißen fungible Sachen consumirt, nicht nur wenn sie verzehrt, oder veräußert, sondern auch wenn sie so mit den eignen Sachen des Empfängers vermischt sind, daß sie nicht mehr davon unterschieden und abgesondert werden können, oder auch so verändert sind, daß man sie nicht mehr in die alte Form zurückbringen kann. S. *Arn.* Vinnii Commentar. ad §. 2. I. Quib. alienare licet. nr. 2.

1) *Ger.* Noodt in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 273. *Conr.* Rittershusius in Comm. ad §. 2. I. Quib. alien. lic. p. 218. *Hub.* Giphanius Comm. ad §. 2. I. Quib. alien. licet. Höpfner im Commentar §. 767. Hofacker Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1866. not. e. u. a. m.

2) S. Püttmann Adversar. iur. univ. Lib. II. c. 4. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. XIV. Tit. 6. Qu. 13. not. 4.

3) S. den 8. Th. dieses Commentars 1. Abthl. §. 578. S. 93.

1) Theophilus, welcher in seiner griechischen Paraphrase ad §. 2. I. **Quibus alienare licet** sagt: εἰ δὲ ἀνηλώθησαν **bona fide**, τουτέστι τοῦ δανεισαμένου νομίσαντος ἔφηβον εἶναι τὸν δανείσαντα, τότε ἡ **in rem** κινεῖσθαι οὐ δύναται, οὐδὲ γὰρ φαίνονται οἱ νοῦμμοι· οὔτε μὴν **ad exhibendum**, ἐπεὶ οὐδὲ κρύπτονται οἱ νοῦμμοι, οὐδὲ μὴν **mala fide** δεδαπάνηνται. τί οὖν γενήσεται, ἵνα μὴ τὸ ὑπὲρ τοῦ πουπίλλου εἰσενεχθὲν νόμιμον εὑρεθῇ τρεπόμενον εἰς βλάβην αὐτοῦ, καθ' ὃ οὐδεμία αὐτῷ παρέχεται ἀγωγὴ ἐκ τῶν νομίμων κανόνων; λοιπὸν δοθήσεται αὐτῷ ὁ κονδικτίτιος. καὶ ὅπερ οὐκ ἐποίησεν ἡ τῶν χρημάτων απαρίθμησις, τουτέστι τὸ συστῆναι τὸ δάνεισμα, καὶ γενέσθαι τὸν δανεισάμενον ὑπεύθυνον τῷ κονδικτιτίῳ, τοῦτο ποιεῖ ἡ **bonae fidei** δαπάνη. τίκτεται γὰρ κἀνταῦθα ὁ κονδικτίτιος. **i. e. Quod si *bona fide* consumti sint, id est, putante eo, qui accepit, puberem esse, qui dedit, tunc in rem actio moveri nequit, neque enim exstant nummi; neque ad exhibendum, quia neque occultantur nummi, neque mala fide consumti sunt. Quid igitur fiet, ut ne ius pro pupillo introductum inveniatur conversum in eius damnum, quando ei nulla datur actio ex regulis iuris? *Reliquum est, ut ei detur condictio: et quod pecuniae numeratio non effecit, id est, ut mutui datio consisteret, atque accipiens teneretur condictione, id efficiat bonae fidei consumtio, nascitur enim et inde condictio.*** Ein neuer Beweis, wie wichtig die griechische Institutionen-Paraphrase des Theophilus für die Erklärung des Justinianeischen Rechts ist[4]).

2) Daß

4) S. ***Phil. Bernh.* Degen Bemerkungen über das Zeitalter und die Institutionen Paraphrase des griechischen Rechtslehrers Theophilus. *Lüneburg* 1809. 8. 5. Abschn. S. 47. ff.**

2) Daß beym Darlehn die bona fidei consumtio einer gültigen Numeration gleichgeachtet wird, beweisen folgende Gesetzstellen.

L. 15. *D. de rebus dubiis.* Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur, et apparet, quid actum est. Ut ecce si res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est; si vero repudiaverit, valet. Tantundem est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: nam si quidem non repudiaverit legatarius, *alienam pecuniam credidit:* Si vero repudiaverit, *suam pecuniam* credidisse videtur. Quid ergo, si *consumta* fuerit pecunia? *utique idem erit ex eventu dicendum.*

L. 56. §. 2. *D. de fideiussor.* Si nummos alienos, quasi tuos, mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri POMPONIUS ait. Quid ergo, *si consumtis nummis nascatur condictio?* Puto *fideiussorem obligatum fore:* in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.

In beyden Stellen leuchtet der Satz deutlich in die Augen, daß das an sich ungültige Darlehn durch die Consumtion des Geldes convalescire. Noodt meint zwar, es widerstreite der Regel: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, welche Paulus *L.*29. *D. de Reg. iuris* lehrt. Allein diese kann hier keine Anwendung finden. Zwar ist sie freylich nicht blos auf letzte Willensverordnungen zu beschränken. Denn Paulus handelt *Libro* 8. *ad Sabinum*, woraus die *L.* 29. *cit.* genommen ist, nicht von Testamenten, sondern von Tutelen.

Dies

Dies beweisen alle aus diesem Buche in die Pandecten aufgenommenen Fragmente [5]). Sie findet auch selbst bei Contracten Statt [6]). Aber doch nur bey Verbalcontracten, in welchen blos auf den Zustand zur Zeit des geschlossenen Geschäfts gesehen wird [7]). Daß nun aber dies beym Darlehnscontrat ganz und gar nicht der Fall sey, erhellet

3) daraus, weil in der oben angeführten *L.* **19.** §. **1.** *D. h. t.* der Grund, warum die Condiction gegen den Empfänger gestattet wird, ausdrücklich darin gesetzt wird, **quod facto eius intelligitur, ad eum, qui acceperit, pervenisse.** Dies kann doch wohl offenbar nichts anders heißen, als, weil durch das Factum der Consumtion das Eigenthum der Sache nun im rechtlichen Verstande auf den Empfänger übergegangen ist. Folglich kann ja die Klage nicht die **condictio sine causa**, sondern es muß die **condictio mutui** seyn. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten [8]) überein. Dem Eigenthümer selbst steht daher in

5) *L.* 4. *L.* 17. *D. de tutel. L.* 3 *D. de auct. et cons. tutor. L.* 2. et 4. *D. de tutelae et rationib. distrah. L.* 27. *D. de contrah. emt.* S. *Abr.* Wieling Iurisprud. restituta. Tom. I. pag. 200.

6) S. *Ios.* Averanius Interpretation. iuris. Lib. IV. cap. 21. nr. 10. et cap. 22.

7) §. 2. *I. de inutilib. stipulat. L.* 83. §. 5. *L.* 137. §. 6. *D. de verb. obligat.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* Gothofredi Commentar. in Tit. Pand. de divers. Regulis iuris. ad L. 29. cit. pag. 169. sqq.

8) *Iac.* Cujacius Observat. Lib. XIII. cap. 28. *Franc.* Duarenus Commentar. ad hunc Tit. Pand. Cap. 2. (*Oper.* pag. 880.) *Io.* Goeddaeus Commentar. de rebus credit. Cap. III. Conclus. 1. pag. 226. sq. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pandect. h. t. §. 5. *Io.*

in diesem Falle anders keine Klage gegen den Consumenten zu, als wenn er sich solche von dem Darleiher cediren läßt [9]).

b) Der Empfänger hat das Geld *mala fide* consumirt. Hier hat die *actio ad exhibendum* gegen ihn Statt, welche zugleich auf Leistung alles durch den Eid des Klägers auszumittelnden Interesse gerichtet werden kann [10]). Theophilus hat in seiner griechischen Paraphrase über den §. 2. *I. Quib. alien. licet* noch Folgendes zur Erläuterung hinzugefügt. Er sagt nämlich: *εἰ δὲ ὁ λαβὼν* **mala fide** *ἐδαπάνησεν αὐτοὺς τουτέστιν εἰδὼς ὅτι πουπιλλὸς ἐστιν ὁ δανείσας, κατάσχεθήσεται τῇ* **ad exhibendum**. *Ἐφ' ὧν γὰρ φαινομένων κινεῖται ἡ* **in rem**, *ἐπὶ τούτων κρυπτομένων ἢ* **mala fide** *δαπανηθέντων χώρα τῇ* **ad exhibendum**. **i e** ***Si vero accipiens mala fide eos consumsit, id est, sciens pupillum esse, qui mutuos dedit, tenebitur ad exhibendum actione. In quibus enim extantibus actio in rem movetur, in iis occultatis aut mala fide consumtis locus est actioni ad exhibendum.*** Noch

Io. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 8. *Anton.* Schulting Thes. controversar. Decad. XXXV. Th. 9. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 14. *Io. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Pandect. h. t. §. 23. *van* Idsinga Diss. de mutuo. Cap. V. §. 8. *Franc.* Brokus Exposition. in Institut. Lib. II. Tit. 8. §. 2. pag. 312. *Claud.* Cantiuncula Paraphras. in tres priores Institut. libros Lib. II. Tit. 8. pag. 322. *Ios.* Averanius Interpretat. iuris Lib. III. cap. 12. nr. 5. Pothier Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XV. not. e. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 887. u. a. m.

9) *L.* 2. *Cod. Si certum petat.* Huber Praelect. h. t. §. 5.

10) S. den 11. Theil dieses Commentars §. 741. S. 188. und §. 744. S. 236.

Noch ist die Frage zu berühren, welche Julian *L. 20. D. de reb. credit.* entscheidet, nämlich ob ein gültiges Darlehn contrahirt werde, wenn ich dem Andern das Geld, was er mir creditirt hat, vorher mit der Bedingung geschenkt hatte, daß er es mir wieder als ein Darlehn geben solle? Es kommt darauf an, ob er durch die Schenkung Eigenthümer des Geldes wurde, so daß er wieder das Eigenthum auf mich übertragen konnte? Julian sagt, nach der Subtilität, wenn man nämlich blos bei den Worten stehen bleibt, und schikaniren will, könnte man Einem vorspiegeln, das Geschäft sey weder eine Schenkung noch Darlehn. Keine Schenkung, weil das Geld nicht in der Absicht gegeben worden ist, daß es dem Empfänger auf immer verbleiben solle. *Nummi enim non alienantur, qui sic dantur, ut recipiantur*, sagt selbst Ulpian[11]). Es scheint aber auch durch die Zurückgabe des Geldes kein Darlehn contrahirt zu werden, weil der Beschenkte sich hierdurch mehr einer übernommenen Verbindlichkeit zu entledigen sucht, als daß er den Donator dadurch verbindlich machen sollte, weil letzterer nichts, als das Seinige, zurück erhält. Allein diese Subtilität bey Seite gesetzt, mit welcher jedoch einige Römische Juristen schikanirt haben mögen, wie sich aus Marcells Aeußerung *L. 67. D. de Solut.* nicht undeutlich schließen läßt, folgt Julian der Billigkeit, und erklärt beydes die Schenkung, und das in Gemäßheit derselben gegebene Darlehn für gültig. Julians Worte lauten folgendermaßen.

Si tibi pecuniam donassem, *ut tu mihi eandem crederes*, an credita fieret? Dixi in huiusmodi propositionibus

11) *L. 55. D. de Solut.*

nibus non propriis verbis nos uti: nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam. Donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: *benignius tamen est, utrumque valere.*

Anton Faber[12]) will zwar diese Stelle so verstehen, als ob wirklich Julian der Meinung gewesen, daß in dem hier vorgetragenen Falle das Darlehn sowohl, als die gemachte Schenkung ungültig sey. Er glaubt daher, die letzten Worte: *Sed haec intelligenda sunt* etc. wären, vom Tribonian, oder einem andern unwissenden Ausleger hinzugefügt worden, um diese Stelle mit *L.* 33. §. 1. *D. de donat.* zu vereinigen, wo Hermogenian sagt:

Ea lege donationis causa pecunia Titio numerata, ut statim donatori mutuo detur, *non impeditur dominii translatio*; ac propterea iisdem nummis donatori creditis, novum dominium in his quaeritur.

Ihm stimmt auch Ulrich Huber[13]) bey. Allein van Idsinga[14]), Anton Schulting[15]) und Pothier

12) Rational. in Pandect. ad L. 20. h. t.

13) Eunom. Roman. ad L. 20. D. h. t. pag. 474.

14) Diss. de mutuo Cap. V. §. 6.

15) Thesium controversar. Decad. XXXV. Th. 10.

er[16]) haben diese Meinung mit Grund verworfen. Es ist schon darum gar nicht wahrscheinlich, vom Julian zu behaupten, daß er der Subtilität den Vorzug vor der Billigkeit eingeräumt haben sollte, da er sich zur Secte der Sabinianer bekannte, deren Hauptgrundsatz war, in zweifelhaften Fällen die Billigkeit dem strengen Rechte vorzuziehen. Die unbedeutenden Zweifelsgründe sind von Hubert Giphanius[17]) und Joseph Finestres[18]) umständlich widerlegt worden. Ich bemerke nur noch, daß auch die Basiliken[19]) die richtige Erklärung bestärken, in welchen die *L.* **20.** *h. t.* folgendermaßen ausgedruckt ist: Ἐὰν δωρήσωμαί σοι νομίσματα ἐπὶ τῷ δανεῖσαί μοι, ταῦτα καί δανείσῃς, οὐδέτερον πρὸς ἀκρίβειαν, ἀλλὰ φιλαγάθως ἑκάτερον ἔῤῥωται. i. e. ***Si tibi nummos ea lege donavero, ut tu mihi eosdem crederes, et credideris, neutrum secundum strictam rationem valet, sed secundum benignitatem utrumque.***

§. 782.

Wer kann ein Darlehn gültig aufnehmen?

Wer ein Darlehn gültig aufnehmen will, muß nicht nur überhaupt fähig seyn, sich durch Vertrag zu verpflichten, sondern er darf auch nicht in dem Falle sich befinden, wo ihm die Gesetze die Uebernehmung einer Verpflichtung durch ein Darlehn untersagen. Hieraus folgt,

1) daß

16) Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XVIII. not. k.

17) Lecturae Altorphin. ad L. 33. D. de donation. nr. 10. sqq. pag. 164.

18) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libros VI. ad L. 33. §. 1. D. de donat. pag. 910. sqq.

19) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 20. pag. 226.

1) daß Wahnsinnige, gerichtlich erklärte Verschwender und Pupillen ohne Einwilligung ihrer Vormünder kein gültiges Darlehn aufnehmen können. Es entsteht daraus nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, die sie für ihre Person treffen könnte, außer insofern der Darleiher zu beweisen vermöchte, daß sie dadurch bereichert worden sind [20]). *L.* 59. *D. de obligat. et action.* sagt: **Pupillus mutuam pecuniam accipiendo,** ***ne quidem iure naturali obligatur.*** Und in der *L.* **13.** §. **1.** *D. de condict. indeb.* heißt es: **Item quod pupillus** ***sine tutoris auctoritate*** **mutuum accepit,** ***et locupletior factus est,*** **si pubes factus solvat, non repetit. Nam hoc natura aequum est,** fügt *L.* **14.** *D. eodem* noch hinzu, **neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.** Daß auch Wahnsinnige und Pupillen hierin gleiche Rechte haben, lehrt *L.* **46.** *D. de obligat. et actionib.* **Furiosus et pupillus,** ***ubi ex re actio venit,*** **obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate.** Von einem gerichtlich erklärten Verschwender sagt endlich Ulpian *L.* **6.** *D. de Verbor. obligat.* im Allgemeinen; **Is, cui bonis interdictum est,** ***non potest promittendo*** **obligari.** In Ansehung der Minderjährigen ist nach dem Röm. Recht ein Unterschied zu machen, ob sie unter der Curatel stehen, oder nicht. Im ersten Falle gilt hier eben das, was von Unmündigen und Verschwendern gesagt worden ist; in dem andern Falle hingegen kann zwar ein Minderjähriger durch Darlehn sich verpflichten;

20) S. *Franc.* Duarenus Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. 3. *Oper.* pag. 881. *Hub.* Giphanius in Lectur. Altorphin. ad L. 46. D. de obligat. et actionib. *ab.* Idsinga Diss. de mutuo. Cap. V. §. 7. 9. 10. et 11. und Fried. Hoppe Lehre von jurid. Verschwendern. §. 8. S. 58.

ten; wenn er jedoch beweisen kann, daß er keinen Nutzen davon gehabt habe; so kann er sich dagegen **in integrum** restituiren lassen [21]). Dieser Unterschied fällt aber heut zu Tage weg, weil es nicht mehr von der Willkühr der Minderjährigen abhängt, ob sie einen Curator haben wollen, oder nicht [22]).

2) Niemand wird in der Regel durch ein von einem Dritten aufgenommenes Darlehn verbindlich, außer in den Fällen, wo überhaupt Jemand durch fremde Handlungen verbindlich gemacht wird [23]). Aus diesem Grunde wird also

a) eine Societät durch das von einem Mitgliede derselben für sie aufgenommene Darlehn anders nicht verbindlich, als wenn er entweder von der ganzen Gesellschaft die Vollmacht, für sie zu contrahiren, erhalten hatte, in welchem Falle sodann die Gesellschaft, ohne weitern Beweis einer Version, verbunden ist [24]), oder das Anlehn in der Folge von der ganzen Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Bezahlung der Zinsen aus der gemeinschaftlichen Kasse, genehmiget worden ist [25]), oder der

21) *L.* 43. *D. de obligat. et act.* *L.* 3. *Cod. de integrum restitut. minor.* *L.* 1. *et* 2. *Cod. Si adversus creditor.* Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 19. u. *ab* Idsinga cit. Diss. Cap. V. §. 9.

22) S. Webers Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 72. und 73.

23) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 315.

24) S. *Wolfg. Ad.* Lauterbach Diss. de sociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita. *Tüb.* 1668. §. 22.

25) Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 106. S. 229.

der Gläubiger beweisen kann, daß das Geld zum gemeinschaftlichen Nutzen der Gesellschaft verwendet worden sey [26]). Eben dies gilt auch

b) von Personengemeinheiten. Wenn nämlich eine Gemeinheit oder Korporation, z. B. eine Stadt, Kirche oder Academie aus einem Darlehn verbunden werden soll, so wird dazu erfordert, daß entweder die Gemeinheit in der nach dem gemeinen Recht erforderlichen, oder durch Observanz hergebrachten Form ihre Einwilligung gegeben habe, oder die Verwendung des entlehnten Geldes zu derselben Nutzen vom Gläubiger erwiesen werden kann [27]). Es sind also hier zwei Fälle zu erörtern.

1) Die Gemeinde hat in die Aufnahme des Anlehns auf eine gesetzmäßige Art consentirt. Um dieses richtig zu beurtheilen, ist vor allen Dingen darauf zu sehen,

α) ob die Gemeinheit ihre gewissen Repräsentanten hat, welche, vermöge einer immerwährenden Vollmacht, Etwas im Namen der ganzen Gemeinde zu verfügen berechtiget sind. Dergleichen sind z. B. in den Städten die Viertelsmeister, und der Ausschuß der Bürgerschaft, in den Dörfern

26) *L.* 82. *D. pro Socio.* Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, *nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.* S. Lauterbach cit. Diss. §. 45.

27) S. *Io. Volkm.* Bechmann Disput. de civitatis ex mutuo obligatione. *Ienae* 1677. *Sam.* Stryk Disput. de civitate obaerata. *Francof. ad Viad.* 1683. *Iac.* Born Exercitat. de condictione certi ex mutuo de in rem verso ex contractu administratorum contra civitatem competente. *Lipsiae* 1676. und *Rud. Christ.* Henne Progr. de mutuo a collegiis et corporibus contracto. *Erfordiae* 1774.

fern die Gemeindevorsteher oder Aeltesten. Hier ist die Einwilligung der Repräsentanten allein hinreichend, und es wird kein weiterer Beweis einer nützlichen Verwendung erfordert[28]).

β) Die Gemeinheit hat keine solche Repräsentanten. In diesem Falle muß die Einwilligung von der Gemeinheit selbst durch einen dieserhalb auf eine legale Art abzufassenden Beschluß ertheilt werden. Es ist daher zwar nicht nöthig, daß alle und jede einzelne Mitglieder der Gemeinde einwilligen; allein es müssen doch

aa) alle und jede Mitglieder nach der bey jedem Collegium hergebrachten Weise zusammenberufen, und um ihre Einwilligung befragt werden;

bb) wenigstens zwei Drittheile derselben ihre Stimmen geben, und

cc) von diesen zwey Dritteln die größere Anzahl einwilligen[29]).

Ist dieses gehörig beobachtet worden, so ist die Gemeinheit durch ihre Einwilligung verbunden, und der Darleiher hat nicht nöthig, die Verwendung des Geldes zu der-

28) S. Stryk de cautelis contract. Sect. II. cap. I. §. 5. Richter Decis. LXXI. nr. 3. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 3. Georg Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 2. Abth. Decis. 218. und *Io. Ad. Th.* Kind Quaestion. forens. Tom. III. Cap. 63.

29) Stryk Diss. cit. de civitate obaerata Cap. I. nr. 74 — 86. und Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 118. S. 255. Glücks Erläut. d. Pand. 12. Th.

derselben Nutzen zu beweisen[30]). Es kann indessen der Gemeinheit die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden, wenn sie beweisen kann, daß das Geld zu ihrem Nutzen nicht verwendet worden sey[31]).

2) Die Einwilligung ist in dieser Form nicht ertheilt, sondern das Darlehn blos von ihrem Verwalter oder einzelnen dazu nicht besonders bevollmächtiget gewesenen Mitgliedern aufgenommen worden. Hier sind allein die Aufnehmer des Darlehns, welche die Schuldverschreibung ausgestellet haben, verbindlich. Die Gemeinheit selbst aber kann anders nicht belangt werden, als wenn sie entweder noch in der Folge die Geldaufnahme gebilliget hat, oder die Verwendung des Geldes zu derselben Nutzen vom Kläger bewiesen werden kann[32]). Es gehören vorzüglich hierher folgende Gesetzstellen.

L. 27. D. h. t. **Civitas mutui datione obligari potest, *si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt:* alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.**

Novell-

30) Stryk de cautel. contract. c. l. §. 4. *Idem* in Us. mod. Pand. h. t. §. 27. Carpzov P. II. Constit. VI. Definit. 18. nr. 11. Müller ad *Struvium* Exercitat. XVI. Th. 18. not. δ. Bechmann Diss. cit. de civitatis ex mutuo obligat. P. II. Cap. 1. nr. 1. sqq. Gmelin a. a. O. §. 118. und Henne cit. Progr. §. 3.

31) *L. 3. Cod. de iure reipubl.* Henne Progr. cit. §. 6. und *Hartm.* Pistoris Quaest. iuris Lib. I. Quaest. 37. nr. 56. sq.

32) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 11. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 33. sq. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. Leyser Medit. ad Pand. Specim. CXXXI. meditat. 6.

Novell. CXX. Cap. 6. §. *ult.* Si episcopus aliquis, vel Oeconomus, vel Administrator cuiuscunque venerabilis domus, sive in hac regia urbe, sive in provinciis sitae, mutuam pecuniam acceperit, vel postea accepturus sit: iubemus, ne illi sacrae domui eam imputent, *nisi prius eas in utilitatem dictae sacrae domus versam esse ostenderint:* neque ipse *creditor*, vel *heredes eius* contra venerabilem domum eius nomine ullam actionem habeant, *nisi in causas ad venerabilem domum pertinentes pecuniam illam versam esse ostenderint:* sed actiones suas contra eum, qui mutuam pecuniam accepit, eiusque heredes moveant.

Der Gläubiger kann zum Behuf der ihm obliegenden Beweisführung diejenigen, welche das Darlehn für die Gemeinheit aufgenommen, und ihm die Schuldverschreibung ausgestellt haben, zur Vertretung auffordern, daß sie ihm bey diesem Beweise der Verwendung wider die Gemeinheit beystehen[33]. Er ist auch befugt, die Vorlegung der Gemeinheits-Rechnungen zu verlangen[34]. Keineswegs aber ist das bloße in der Schuldverschreibung enthaltene Geständniß des Ausstellers über die geschehene nützliche Verwendung zum Beweis derselben hinreichend, wofern nicht noch andere Gründe und Vermuthungen hinzutreten, welche allenfalls dem Erfüllungseide Raum geben können[35].

33) S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 118. S. 257. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. pag. 415.

34) *de* Cramer Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 116.

35) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 70. et 74. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 9. et 10.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn auch eine Gemeinheit aus dem Darlehn wirklich verpflichtet ist, die Wiederbezahlung desselben doch nur aus dem Vermögen der Gemeinheit, als moralische Person betrachtet, gefordert werden kann [36]). Die einzelnen Mitglieder derselben haften daher mit ihrem Vermögen dafür nicht, wofern nicht entweder nachgewiesen werden kann, daß das von der Gemeinde aufgenommene Geld zum Vortheil einzelner verwendet worden sey [37]), oder die einzelnen Mitglieder der Gemeinde sich auf den Fall, da die Gemeindegüter nicht zureichen sollten, zur Bezahlung besonders verpflichtet hätten [38]).

c) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn ein Vormund, als solcher, für seinen Pupillen oder Curanden eine Anleihe aufgenommen hat, und der Mündel daraus belangt wird. Hier ist das Darlehn an sich nach dem strengen Recht gültig, und daher die Klage durch die Handlung des Vormundes selbst schon hinlänglich begründet [39]). **Nam factum tutoris legitime gestum censetur esse factum pu-**

36) *L.* 7. §. 1. *D. Quod cuiusque universitat. nomine. L.* 6. §. 1. *D. de divis. rer.* Carpzov Iurispr. for. P. II. Constit. 6. Def. 24. Wernher Observat. for. Tom. I. Part. V. Obs. 11. Leyser Specim. CXXXI. medit. 4. et 5.

37) Wernher cit. loc. nr. 8.

38) Wernher c. l. nr. 7. Gmelin a. a. O. S. 259.

39) Nach der Subtilität des Röm. Rechts ist jedoch die Klage nur eine actio utilis. S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 205. und Weber zu Höpfner Not. 2. S. 232.

pupilli[40]). Schützt daher der gewesene Pupill vor, daß das Geld nicht in seine Angelegenheiten verwendet worden sey, so muß er den Beweis übernehmen. Denn gegen einen nach dem strengen Recht gültigen Handel kann nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden. Hier muß aber der Minderjährige immer den Beweis der Läsion übernehmen[41]). Es kann auch dieser Beweis dem Minderjährigen gar nicht schwer fallen, da die Vormundschaftsrechnungen es ergeben müssen, in wiefern die Ausgaben des Pupillen, von seinem übrigen Vermögen ohne die Anleihe zu bestreiten waren oder nicht. So lehren Hommel[42]) und Weber[43]), und, wie ich glaube, nach theoretischen Gründen ganz richtig. Dennoch behaupten viele Rechtsgelehrten[44]), daß der Gläubiger, wenn er auch mit dem Vormunde als Vormund contrahirt hätte, dennoch die wirkliche zum Besten des Pupillen geschehene Verwendung des Geldes beweisen müßte. Man beruft sich

40) Arg. §. 9. *I. de inutil. stipul. et L.* 5. *D. de reg. iur.* Es hat auch kein Gesetz die Gültigkeit einer solchen Anleihe von der Zustimmung der Obrigkeit abhängig gemacht, obgleich in Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1867. das Gegentheil angenommen wird.

41) *L.* 5. *Cod. de restitut. in integr. minor.*

42) Ad Mencken Introduct. in doctrin. de actionib. for. Not. 435. pag. 158.

43) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Kap. VI. nr. 11. S. 200. ff.

44) Wernher Observation. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 387. Boehmer Doctrina de actionib. Sect. II. cap. VIII. §. 4. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 12. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. §. 467. in fin.

sich deswegen vorzüglich auf die *L. 3. Cod. Quando ex facto tutor.* in welcher es heißt:

Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori, vel tutori eius nomine minoris mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.

Allein man muß hier nicht aus der Acht lassen, daß diese **L. 3.** ein kaiserliches Rescript ist, in welchem es nicht besonders auf die Frage ankam, wem der Beweis obliege, wenn der Minderjährige dem Kläger die Einrede entgegensetzt, daß das seinem Vormunde für ihn geliehene Geld nicht zu seinem Besten verwendet worden sey. Die Anfrage des Prudentianus, auf welche hier der Kaiser Gordian rescribirt, ging vielmehr dahin, ob ein Minderjähriger aus einem Darlehn, welches sein Vormund, als Vormund, zum Besten desselben aufgenommen hat, überhaupt belangt werden könne? Der Zweifelsgrund war, weil nach der Subtilität des römischen Rechts der Grundsatz angenommen war, daß Niemand durch einen freyen Menschen Rechte erwerben, noch weniger durch ihn zu irgend Etwas verbindlich gemacht werden könne[45]). Man glaubte daher, der Vormund könne, ohne Zuziehung des Mündels, wenn dieser kein Kind mehr ist, nicht allein für sich handeln[46]). Dabey konnte denn also die Frage, wem der Be-

45) *L. 73. §. 4. D. de Reg. iuris. L. 11. D. de obligat. et action. L. 126. §. 1. D. de verbor. obligat. L. 1. C. Per quas person.* Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 89. a. S. 370.

46) *L. 37. §. 1. D. ad SCtum Trebell. L. 5. C. de iure delib. L. 5. C. Quando ex facto tutor.* Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CCCXXXIV. medit. 1.

Beweis der geschehenen Verwendung obliege, füglich bey Seite gesetzt bleiben, da denselben der Antrag des Supplikanten, insofern dieser den zum Besten des Minderjährigen geschehenen Gebrauch der Anleihe als ausgemacht oder unbestritten angab, ganz überflüßig machte[47]). Heutzutage kann die Richtigkeit unserer Behauptung noch wenigerem Zweifel unterworfen seyn, da unsere Vormünder gewöhnlich alle vormundschaftliche Geschäfte selbst und ohne Zuziehung ihrer Pflegbefohlnen verrichten[48]). Mit Recht sagt daher Schilter[49]): **Quum ratio iuris Romani cesset apud nos, et liber homo per liberum hominem acquirere et obligari utique possit, neque requiratur pupilli persona, sed tutor solus omnia recte expediat, consequens est, regulam iuris Romani a nobis receptam non fuisse, sed pupillum, etsi eius praesentia, vel consensus non intercedat, valide obligari regulariter, aeque ac iure Quiritium, si ipse pupillus negotium gerit, et tutor auctoritatem adiicit.**

Endlich 3) können auch diejenigen kein gültiges Darlehn aufnehmen, welche sich zwar durch Verträge verbindlich machen können, denen aber die Gesetze in einem gewissen Falle und aus besondern Gründen Geld zu borgen untersagen. Bey den Römern gehörten dahin

a) die

47) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung a. a. O. Not. 53. S. 202.

48) S. Westphals Rechtsgutachten Lib. XXVI. Tit. 8. §. 1. S. 141. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 213.

49) Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 131.

a) die **Praesides provinciarum**, welche, so lange sie sich in der ihnen angewiesenen Provinz befanden, von den Einwohnern derselben kein Geld borgen durften; von andern, außer ihrer Provinz, Gelder aufzunehmen, war ihnen nicht verboten. So sind folgende Stellen mit einander zu vereinigen.

L. 16. *Cod. Si certum petatur.* **Quisquis iudici foenebrem pecuniam mutuaverit, si in provincia fuerit versatus, quasi emtor legum atque provinciae, — exilii poena una cum ipso iudice plectetur.**

L. 34. §. 1. *D. de reb. credit.* **Praeses provinciae mutuam pecuniam foenebrem sumere non prohibetur.**

Beyde Gesetze werden jedoch von den Rechtsgelehrten auf sehr verschiedene Art erklärt. Franz Connanus[50]) versteht sie so, ein Römischer Präses habe in der Provinz nur kein Geld ohne Zinsen aufnehmen dürfen, weil man ein unverzinsliches Darlehn als eine Art von Geschenk betrachtete, dergleichen den Gouverneurs verboten war. Gelder auf Zinsen aufzunehmen, sey ihm nicht verboten gewesen. Hingegen von Partheyen, die der richterlichen Hülfe benöthiget waren, habe er, so lange der Prozeß nicht entschieden war, gar kein Geld, weder mit noch ohne Zinsen, borgen dürfen, weil man dies als eine Art von Bestechung angesehen habe. Salmasius[51]) verwandelt das ***versatus*** in der *L.* 16. *cit.* in **servatus**, und versteht das Gesetz von einem solchen Falle, wo der **Praeses provinciae** sich durch Geldaufnahme eine Verlängerung der Administration der

50) **Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. VII. Cap. 2. fol. 456. sq.**

51) **De usuris Lib. I. cap. 5.**

der Provinz zu verschaffen gesucht hat; wodurch aber offenbar der Sinn des Gesetzes ganz entstellt wird. Franz Duarenus[52]), Joh. Jacob Wissenbach[53]) und Anton Schulting[54]) nehmen auch als Regel an, dem Präses der Provinz sey es nicht verboten gewesen, Geld zu borgen; allein wer ihm Geld geliehen habe, in der Meinung, ihn durch diesen Geldvorschuß verbindlich zu machen, und nun durch denselben Alles nach seiner Willkühr durchsetzen zu können, sey mit dem Exilium bestraft worden. Dies sey der Sinn der *L.* **16.** *Cod.* Allein die richtigste Erklärung scheint wohl die des Emund Merillius[55]) zu seyn, welcher sagt: **In dicta L. 16. prohiberi iudici foenebrem pecuniam dari ab eo,** ***qui in ea provincia versatur, quam iudex administrat;*** **ne ita, obaerato sibi Praeside, per eum leges, iura, atque Provinciam nundinetur. Non prohibetur foenebrem pecuniam dare iudici is, qui in provincia non versatur, sed is solum, qui in provincia versatur.** Van Idsinga[56]) hat zwar Verschiedenes gegen diese Erklärung einzuwenden gesucht, er setzt ihr besonders die Auctorität der Basiliken und des Harmenopolus entgegen. Allein Prins[57]) hat die Merilliusische Erklärung vollkommen gerechtfertiget. Ob nun wohl die angeführten Gesetzstellen sich offenbar auf das Verhältniß beziehen, in welchem ein römischer Prä-

52) Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. 4.

53) Exercitat ad L. Pand. Libros Disputat. XXIV. Th. 15.

54) Thesium controversar. Decad. XXXVI. Th. 2.

55) Observation. Lib. I. cap. 30.

56) Disputat. de mutuo. Cap. VII. §. 7. sqq. Man sehe auch PÜTTMANNI varia iur. civ. capita. Cap. 5.

57) Specim. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. IV. §. 2.

Präses zu den Provinzialen stand, dergleichen heutiges Tages nicht mehr Statt finden kann; so stellen doch die meisten Rechtsgelehrten[58]) mit Beziehung auf die *L*. 16. *C*. den Grundsatz auf, daß es keinem Richter erlaubt sey, von den Partheyen Geld zu borgen, so lange der Proceß nicht entschieden ist.

b) Auch solchen Personen, die noch unter väterlicher Gewalt stehen, soll kein baares Geld ohne Einwilligung des Vaters geliehen werden. Das **Senatusconsultum Macedonianum** versagt dem Gläubiger die Klage, und giebt dagegen eine Einrede, mit welcher sich sowohl der Vater als der Sohn, ja auch sogar der Bürge gegen die Klage des Gläubigers schützen kann. Justinian sagt §. 7. *I*. ***Quod cum eo*, *qui in aliena potestate est*. Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dare eis, qui in potestate parentis sunt: et ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium, filiamve, nepotem neptemve, — quam adversus patrem avumve. Quae ideo Senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur.** Es wird davon **Lib. XIV. Tit. 6**. ausführlicher gehandelt werden.

c) Soldaten können zwar nach dem gemeinen Rechte gültige Darlehne aufnehmen, und es kommt in Ansehung derselben nicht einmal darauf an, ob sie noch unter väterlicher

58) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 11. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. Pacius Εναντιοφανων s. Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 75. Hofacker Princip. iuris civ. Tom III. §. 1867.

cher Gewalt sind, oder nicht. Das Darlehn, was ein filiusfamilias miles aufgenommen hat, ist gültig, der Vater mag seine Einwilligung dazu gegeben haben, oder nicht. Er soll zur Wiederbezahlung desselben ohne Unterschied verbunden seyn, es sey ihm dargeliehen oder verwendet worden, zu welchem Zweck es wolle, theils weil überhaupt der filiusfamilias, welcher Soldat ist, als homo sui iuris betrachtet wird, theils weil bey jedem Soldaten vermuthet werden soll, daß das Geld zum Zweck der causae castrensis, das ist, zum Behuf der Kriegsbedürfnisse, aufgenommen, und verwendet sey. Es gehört hierher die merkwürdige Verordnung des Kaisers Justinian *L. 7. §. 1. Cod. ad Senatuscons. Macedon*, wo es heißt: Sin autem miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato, sive consensu, vel voluntate, vel ratihabitione patris, stare oportet contractum: nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae, vel ubi consumtae sint? In pluribus enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt: et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere et expendere, nisi in causas castrenses[59]).

Nur

59) Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bed. 125. behauptet zwar, daß diese Vermuthung zu Friedenszeiten bey den meisten Soldaten keinen Platz finden werde, und daß daher die exceptio SCti Macedoniani Statt finde, wenn die geliehenen Gelder zur Anschaffung der Kriegsgeräthschaft wirklich nicht gebraucht seyn könnten. Denn die evidentia rei entkräfte die stärksten Vermuthungen. Allein daß diese restrictive Auslegung dem Geist des Gesetzes ganz entgegenstreite, hat Thibaut in

der

Nur darin begünstigen die Gesetze Soldaten mehr, als andere Schuldner, daß der Gläubiger sich an seine Besoldung oder andere Diensteinkünfte nicht halten kann, solange noch anderes Vermögen vorhanden ist, woraus der Gläubiger seine Befriedigung erhalten kann[60]). Allein nach mehreren deutschen Provinzialgesetzen können Soldaten ohne Einwilligung des Chefs oder Commandeurs keine gültige Darlehne aufnehmen[61]). Endlich

d) können nach deutschen Rechten auch Frauenspersonen an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist, nicht ohne Zuziehung und Einwilligung ihres Curators durch Darlehn sich verbindlich machen; so wie auch Ehefrauen, welche in einer allgemeinen Gütergemeinschaft leben, nicht ohne Einwilligung ihrer Ehemänner Schulden machen können, welche für die Gütergemeinschaft verbindlich sind[62]). Nach gemeinen Rechten hingegen können Frauens-

der Theorie der logischen Auslegung des Roem. Rechts. §. 25. S. 109. ff. sehr gründlich gezeigt. Auch die Praxis macht zwischen Kriegs- und Friedenszeiten keinen Unterschied. S. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CCLX. medit. 6. und Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band. Nr. 38.

60) *L. 4. Cod. de execut. rei iudic.* S. *Jo. Ad. Theoph.* Kind Quaestion. forens. Tom. III. cap. 56.

61) Man sehe z. B. das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 678. ff. und das Chursächs. Mandat, die Abstellung des Schuldenmachens bey der Armee betreffend, vom 5. Apr 1783. u. a. m.

62) S. Benj. Fried. Pfizers Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 65. und 75. Danz Handbuch des heutigen

Frauenspersonen, sofern sie sich durch Vertrag verbindlich machen können, auch gültige Darlehne aufnehmen[63]). Es kommt auch einer Frauensperson der Regel nach der Einwand nicht zu statten, daß sie das Geld nicht für sich, sondern für einen andern entlehnt habe, sofern sie dieses nicht gleich Anfangs bey der Aufnahme des Darlehns dem Gläubiger ausdrücklich erklärt hat, und dieser also gewußt hat, daß sie eine fremde Schuldverbindlichkeit übernehme. Denn in diesem Falle kommt das Senatusconsultum Vellejanum zur Anwendung[64]). Folgende Gesetzstellen setzen dieses außer Zweifel.

L. 11. *D. ad SCtum Vellejan.* Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit; alii creditura, non est locus Senatusconsulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint.

L. 12. *D. eodem.* Immo tunc locus est Senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere.

L. 2. *C. eodem.* Frustra Senatusconsulti exceptione, quod de intercessionibus feminarum factum est, uti tentasti: quoniam principaliter ipsa debitrix fuisti: eius enim Senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem eius intercessit.

L. 13. *Cod. eodem.* Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est: sive tota quantitas foenoris

gen deutschen Privatrechts 6. Band §. 606. S. 413. und Joh. Wilh. Neuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. (Düsseldorf 1808.) §. 55.

63) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CCCII. medit. 15.

64) S. *Christ. Lud.* Crell Diss. de mutuo foeminae, aliis crediturae, dato. *Vitembergae* 1738.

noris, sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adjuvaris: licet creditor causam contractus non ignoravit.

Hat eine Frau mit ihrem Ehemann zugleich eine Schuldverschreibung ausgestellt, worin beyde sich als Schuldner bekennen, so behaupten zwar viele Rechtsgelehrten [65]), daß die Frau anders nicht als Schuldnerin verbunden sey, als wenn der Gläubiger die Verwendung des dargeliehenen Geldes zum Nutzen der Ehefrau beweißt, weil man im Zweifel immer vermuthen müsse, daß der Ehemann der eigentliche Schuldner, die Frau aber nur als Bürgin beygetreten sey. Allein andere [66]) haben dagegen aus bessern Gründen gezeigt, daß vielmehr die Ehefrau im Zweifel zu ihrem Antheil hafte [67]). Ich werde dieses in **Tit. ad SCtum Vellejanum** noch näher zeigen. Hat hingegen die Ehe-

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. Struben rechtliche Bedenken Th. 1. Bed. 76. Schmidts öffentliche Rechtssprüche Sect. II. Nr. 33. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. I. Th. Nr. 10. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XVI. Tit. 1. Qu. 6. Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann u. Günther. IV. Th Nr. 10. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 88. HOFACKER Princip. iur civ. R. G. Tom. III. §. 4141. u. a. m.

66) I. H. BOEHMER in Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. III. §. 3. *Io. Ernst. Bern.* EMMINGHAUS in Diss. de femina, mutuum contrahente, beneficiorum muliebrium experte praes. *Car. Frid.* WALCHIO def. *Ienae* 1778. und *Idem* ad *Coccejum* c. l. Qu. 6. not. i. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 2. Not. 3. a. E. S. 20. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts II. B. §. 946. a. E.

67) *L.* 17. *L.* 27. *D. ad SCtum Vellejan.*

Ehefrau die Schuldverschreibung allein und in ihrem Namen ausgestellt, und der Ehemann hat sie blos unterschrieben, so ist sie als Hauptschuldnerin anzusehen, und im Zweifel anzunehmen, daß der Mann blos als gesetzlicher Curator seiner Ehefrau, wenn nämlich an dem Orte die Geschlechts-Curatel eingeführt ist, oder als Bürge unterschrieben habe [68]).

§. 783.

Verbindlichkeit des Schuldners aus dem Darlehn, besonders von Wiederbezahlung eines Gelddarlehns bey entstandener Münzveränderung.

Der Schuldner ist nun nach der Natur des Darlehns verbunden, eben soviel, als er erhalten hat, der Gattung, Qualität und Quantität nach wieder zu erstatten. Der Gläubiger muß also

1) eben soviel wieder zurückerhalten, als er dargeliehen hat, nicht mehr, noch weniger. Es kann zwar durch Vertrag ausgemacht werden, daß der Schuldner weniger zurückgeben soll, als er empfangen hat, denn hier ist dem Schuldner der Ueberrest erlassen. Allein der Vertrag, daß er mehr restituiren soll, als er erhalten hat, ist nach dem röm. Recht ganz ungültig. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 11. §.1. *D. h. t.* Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas: *Proculus* ait, et recte, non amplius te ipso iure debere, quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat *Proculus*, amplius, quam decem, condici non posse.

L. 17.

68) *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 554. pag. 211.

L. 17. pr. D. de pactis. **Si tibi decem dem, et paciscar, ut viginti mihi debeantur: non nascitur obligatio ultra decem.** ***Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.***

Heutzutage wird jedoch ein solcher Vertrag für verbindlich gehalten, sofern kein unerlaubter Zinswucher darin enthalten ist [69]).

2) Es muß eine Sache von derselben Gattung wiedergegeben werden, als der Schuldner erhalten hat, also nicht Wein statt des Getraides, auch nicht Gerste statt des geliehenen Korns. Es folgt dies auch schon daraus, weil man dem Gläubiger nicht wider seinen Willen etwas Anders aufdringen kann, als er zu fordern hat. Wäre abgeredet worden, daß eine Andere Art von Sachen zurückgegeben werden solle, so ist dies Geschäft für kein Darlehn zu halten. Paulus sagt ausdrücklich *L. 2. pr. D. h. t.* **Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus, sed *idem genus:* nam si aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus, *non erit mutuum.*** Wenn jedoch Geld der Gegenstand des Darlehns ist, so kommt es bey der Wiederbezahlung desselben nicht gerade auf eine gewisse Geldsorte an, sondern es kann das Capital auch in andern gleich guten und gangbaren Münzen wieder zurückgezahlt werden, als in welchen der Schuldner solches erhalten hat. Denn beym Gelddarlehn sieht man nur darauf, daß eine dem Werthe nach gleiche Summe wiederbezahlt werde. Papinian sagt: *L. 94. §. 1. D. de Solut.* **In pecunia non corpora cogitamus, sed quantita-**

69) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 768. Nr. 5.

titatem; und Pomponius erfordert *L.* 80. *D. eodem.* bey Wiederbezahlung eines Gelddarlehns ausdrücklich nur dies, ut retro *pecuniae tantundem* solvi debeat. Es hat daher auch keinen Zweifel, daß, statt des dargeliehenen Goldes, das Capital in Silbergelde, jedoch mit Vergütung des Agio zurückgezahlt werden kann [70]), sofern nicht in dem Contract ausdrücklich festgesetzt worden ist, daß das Capital in derselbigen Münzsorte, in welcher der Schuldner solches erhalten hat, wieder bezahlt werden solle [71]). Sollten jedoch die nämlichen Münzsorten nicht mehr zu haben seyn, so muß sich der Gläubiger auch in diesem Falle die Bezahlung in andern Sorten mit verhältnißmäßiger Vergütung des Werths gefallen lassen [72]). Mit Recht sagt daher Seneca [73]): *Cum omnis solutio non idem reddat, sed tantundem, pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos.* Es wird jedoch billig vorausgesetzt, daß der Gläubiger keinen erweislichen Schaden dabei leide, daß

70) *L.* 65. §. 1. *D. de Verb. obligat.* *L.* 159. *D. de Verb. Signific.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 23. Westenberg Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 41. *Ios.* Averanius Interpretat. iuris Lib. III. cap. 10. Püttmann Miscellaneor. ad ius pertinent. Specim. IV. Cap. 12. und Joh. Lud. Schmidts Abhandlung von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. Jena 1782. 4. §. 135.

71) Carpzov iurisprud. for. P. II. Const. XXIX. Def. 4. und Schmidts angef. Abhandl. §. 133.

72) Arg. *L.* 71. §. 3. *D. de legat. I.* S. Leyseri Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 21. und Schmidts angef. Abhandlung §. 139.

73) *De Benefic. Lib. VI. cap.* 5.

daß er nicht dieselbe Münzsorte zurückerhält [74]). Dies würde z. B. der Fall seyn, wenn der Gläubiger das Geld an dem Orte, wo er wohnt, nicht leicht wieder anbringen kann, oder wenn ihm zuviel kleine Münze gegeben wird [75]). In

74) *L.* 99. *D. de Solut.* PAULUS respondit: *creditorem* non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, *si ex ea re damnum aliquod passurus est.* So lieset Haloander, Baudoza, und die Vulgata. Die Florentine hingegen hat, statt Creditorem, *Debitorem;* und diese Lesart suchen besonders *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 9. *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 99. cit. p. 483. *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. Lection. iuris civ. P. II. pag. 150. sq. und PÜTTMANN Miscellaneor. ad ius pertinent. Spec. IV. cap. 12. zu vertheidigen. Allein die gemeine Leseart verdient unstreitig den Vorzug. Sie ist nicht nur der Natur der Sache gemäßer, sondern hat auch die Auctorität der Basiliken Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 5. pag. 169. für sich, wie *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad L. 59. D. de Verbor. obligat. et ad Pauli Responsa Lib. IV. ad L. 99. D. de Solut. *Franc.* HOTOMANUS Quaestion. illustr. Qu. 15. *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. Obs. 101. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1525.) *Io.* VOET in Commentar. h. t. §. 23. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXXVI. Th. 7. POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. LXII. Not. a. pag. 362. und *Car. Frid.* WALCH Introduct. in Controvers. iuris civ. pag. 511. Not. [e]) gezeigt haben. Daß die Namen *debitor* und *creditor* mit einander verwechselt worden sind, ist nicht ohne Beyspiel. Man sehe z. B. *L.* 8. *D. de tutel.* Man findet dies sogar in deutschen Urkunden, daß die Namen Schuldner und Gläubiger zuweilen verwechselt worden sind, wie Spies in den archivischen Nebenarbeiten 1. Th. S. 104. u. 2. Th. in der Vorrede aus Beyspielen gezeigt hat.

75) S. Schmidt a. a. O. §. 134.

In dieser Hinsicht verordnen die Gesetze, daß derjenige, welcher ein Capital zu bezahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Münze zur Zahlung bringen solle[76]).

3) Die Wiedererstattung muß endlich auch mit Sachen von derselben Güte geschehen, von welcher die empfangenen waren. Daher darf z. B. statt des erhaltenen alten Weins nicht junger Wein gegeben werden. Dies bringt die Natur des Contracts mit sich, wenn gleich deshalb keine ausdrückliche Verabredung geschehen ist. Pomponius sagt dieses deutlich *L.* 3. *D. h. t.* wo es heißt: **Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, *ut aeque bonum nobis redderetur*, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere: veluti, vinum novum pro vetere. Nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est. *Id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.***

Ob auch bey der Wiederbezahlung eines Gelddarlehns auf den innern Gehalt und Güte der Münzen, in welchen der Schuldner dasselbe erhalten hat, oder nur auf den

E 2 äußern

76) Reichsabschied vom Jahre 1576. §. 76. Diese gesetzlich bestimmte Summe beträgt $44\frac{4}{9}$ fl. nach dem 24 Guldenfuß. S. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts §. 549. Not. a. S. 224. Es ist jedoch die gedachte Verordnung in einem neuern Münzreceß der 3 correspondirenden Kreyse im Jahre 1705 zu Regensburg dahin abgeändert worden, daß wenn sich die Forderungen über 100 fl. belaufen würden, der Gläubiger an Scheidemünze mehr nicht, als den zwanzigsten Theil, anzunehmen schuldig seyn solle. S. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten. §. 136.

äußern Werth und Cours zu sehen sey, welcher zur Zeit der Wiederbezahlung Statt findet? ist, besonders im Falle einer unterdessen entstandenen Münzveränderung, eine eben so wichtige, als streitige Rechtsfrage. Viele berühmte Rechtsgelehrten[77]) sind der Meinung, daß gerade darin ein Gelddarlehn sich von einem Darlehn anderer fungiblen Sachen unterscheide, daß bey jenem blos der äußerliche Werth, der den Münzen vom Staate beygelegt ist, ohne Rücksicht auf deren Güte, welche blos relativ sey, und von den jedesmaligen Umständen abhange, den eigentlichen Gegenstand des Darlehns ausmache. Der Schuldner thue daher seiner Verbindlichkeit ein Genüge, wenn er die entlehnte Summe nach dem Werthe der zur Zeit der Wiederbezahlung cursirenden Münzen abträgt. Dahingegen komme es bey einem Darlehn anderer fungiblen Sachen auf deren physische Qualität und Quantität an. Nur hier müsse eine Sache von derselben Art und Güte restituirt werden, als der Schuldner erhalten hat, weil sonst der Gläubiger nicht soviel wiederbekommen würde, als er dargeliehen

77) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 11. et 12. *Balth.* BRANCHU Observation. iur. Rom. Decad. II. Cap. 14. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XLVI. Tit. 3. Qu. 5. *Io. Ge.* ESTOR in Comment. de permisso et vetito collybo, quem Agio vocant, praesertim in antiquioribus debitis retribuendis, iure civ. haud concesso. *Marburgi* 1754. *et rec.* 1755. 4. Cap. 14. *Ge. Sam.* MADIHN Diss. sistens causam debitoris circa pecuniae solutionem, mutato post contractum nummorum valore. *Halae* 1762. *Iust. Bened.* FERBER Diss. de numero, non pondere, spectando in materia signata praes. *Frid. Gottl.* ZOLLER. *Lipsiae* 1766. *Ge. Ios.* WEDEKIND Diss. de restitutione mutui casu valoris monetae immutati. *Heidelbergae* 1767.

hen hat, und blos von diesem Falle rede Pomponius *L.* 3. *D. h. t.* Daß es beym Gelde nicht auf die Substanz und Materie, sondern blos auf die Form und den äußerlichen Werth ankomme, lehre Paulus, wenn er *L.* 1. *pr. D. de contrah. emt.* vom Gelde sagt: **electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.** Allein erwägt man, daß der äußere Werth des Geldes eigentlich eine bloße Bestimmung von dessen innerer Güte seyn soll; bedenkt man ferner, daß nach dieser inneren Güte des Geldes der Werth aller andern schätzbaren Sachen bestimmt wird; lehrt endlich die Erfahrung aller Zeiten, daß der Gehalt der Münzen auf den Preis der Waaren den wichtigsten Einfluß hat, und daher die Waaren um desto theurer sind, je schlechter der Gehalt der Münzen ist; so kann wohl Niemand im Ernst behaupten, daß der Gläubiger **tantundem pecuniae** wieder erhalte, als er dargeliehen hat, wie er doch nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze[78]) zurückerhalten soll, wenn ihm das Capital, was er in gutem Gelde dargeliehen hat, in den zur Zeit der Wiederbezahlung cursirenden schlechten Münzen zurückbezahlt wird, in welchen der Gläubiger z. B. nun für eine Sache 3 fl. bezahlen muß, die der Schuldner mit dem ihm geliehenen guten Gelde für 1 fl. kaufen konnte. Nein, nur dann wird dem Gläubiger **tantundem pecuniae** nach Vorschrift der Gesetze restituirt, wenn er für

78) *L.* 80. *pr. de Solut.* **Cum mutuum dedimus,** *retro pecuniae tantundem solvi debet.*

für das Geld, welches ihm wiederbezahlt worden ist, eben so viel und eben so gute Waaren kaufen kann, als der Schuldner für das ihm dargeliehene Geld kaufen konnte[79]). Daß aber auch die Gesetze selbst nicht blos auf den äußern Werth des Geldes, sondern auch auf Substanz und Gewicht gesehen wissen wollen, lehrt

1) *L. 1. Cod. de veteris numismat. potest.* worin die Kr. Valentinian und Valens verordnen: **Solidos veterum Principum veneratione formatos ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus iubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, *modo ut debiti ponderis sint, et speciei probae.***

2) *Novella Leonis* 52. **Sancimus, ut numismatis omne genus, *quod quidem formam, materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat*, sive vetustioris cuiuspiam Principis, sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur, et in republica tractetur.**

3) Insonderheit aber haben auch die deutschen Reichsgesetze eingeschärft, daß das Geld nach seinem innern Werthe solle ausgemünzt werden, wovon der Reichsabschied zu Augs-

79) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Dan.* Titii Diss. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione, praesertim in mutuo. *Wittebergae* 1763. Dieser sagt pag. 8. *Si dicendum, quod res est*, tantundem pecuniae *restituitur, quando pro pecunia restituta coemere easdem merces et aeque bonas, quas pro mutuata, possum: sive quando pecunia reddita ad omnis generis mercimonia eandem habet pretii proportionem, quam mutuo accepta habebat: mercium pretiis propter maiorem aut usum aut raritatem ab tempore inde contractus vix, ac ne vix quidem mutatis.*

Augsburg vom Jahr 1551. §. 36. des Krs. Ferdinand I. neue Münzordnung vom Jahr 1559 und der Reichsabschied vom J. 1570. §. 132. die unwiderleglichsten Beweise enthalten. Hiermit steht nun auch

4) die oben angeführte *L. 1. pr. D. de contrah. emt.* in keinem Widerspruche, sondern es wird darin nur soviel gesagt, daß das Geld nicht sowohl durch seine Substanz und Materie, sofern diese in Metall besteht, als vielmehr durch seine Form, welche ihm durch das Gepräge gegeben wird, einen bestimmten öffentlichen Werth erhalte, und in dieser Eigenschaft zum allgemeinen und beständigen Maasstab des Sachenwerths angenommen sey. Hieraus folgt nun aber von selbst, daß das Geld im Handel und Verkehr nur in soweit als Schätzungsmittel angenommen werden kann, als der äußere Werth der Münze, welcher durch das öffentliche Gepräge versichert ist, der innern Güte derselben wirklich entspricht. Joh. Lud. Schmidt[80]), Joh. Theoph. Seger[81]), und Florian Aug. Reichel[82]) haben dies alles gründlich ausgeführt.

Andere Rechtsgelehrten[83]) machen daher bei der Frage, in welcher Münzsorte eine Geldschuld zurückbezahlt wer-

80) Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 55. u. 56.

81) Diss. de mutato valore monetae in solutionibus aestimando. *Lipsiae* 1763. Cap. 1. (in *Opuscul.* Vol. I. Nr. IV. pag. 142. sq.)

82) Diss. de numero et pondere in nummis aestimando. *Lipsiae* 1777.

83) *Arn.* Vinnius in Comm. ad princ. Institut. Quib. mod. re contrah. obligat. nr. 11. *Ant.* Schulting Thesium controvers. Dec. XXXVI. Thes. 8. et 9. Struv Exerc. XVI. Th. 30 et 31. u. a. m.

werden müsse? einen Unterschied, ob der innere Werth und Gehalt der Münzen oder der äußere Werth derselben verändert worden sey. In dem ersten Falle, sagen sie, sey auf die Zeit des Contracts zu sehen, und weder der Gläubiger sey schlechtere Münzen anzunehmen, noch der Schuldner in besseren Münzen zu bezahlen schuldig, als in welchen das Darlehn gegeben worden ist. In dem letztern Falle hingegen geschehe die Wiederbezahlung des Capitals in dem Werthe, den die Münzen jetzt zur Zeit der Heimzahlung haben. Allein schon Voet[84]) hat gegen diesen Unterschied die sehr gründliche Erinnerung gemacht, daß in beyden Fällen der nämliche Grund vorhanden sey, die Münzveränderung betreffe den innern oder äußern Werth des Geldes, denn in dem einen, wie in dem andern Falle werden sich in gleichem Verhältniß auch die Preise der Dinge ändern, und diese entweder steigen oder fallen. Noch andere[85]) behaupten, daß es bey Entscheidung der aufgeworfenen Frage darauf ankomme, ob die Münzveränderung allgemein sey, so daß ein ganz neuer Münzfuß eingeführt worden, oder ob nur die eine oder die andere Münzsorte ihren Werth verändert habe. Im ersten Falle sey auf die Zeit des geschlossenen Contracts Rücksicht zu nehmen, und der Schuldner bezahle daher das Capital in dem Münzfuße wieder, worin er es bekommen hat. In dem letztern Falle hingegen sey blos auf die Zeit der

84) **Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.**

85) **Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 15. sqq. Schmidt in der Abh. von den Münzsorten ꝛc. §. 55. i. §. 158. und ff. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 768.**

der Zahlung zu sehen, es möge die Veränderung den äußern oder innern Werth betroffen haben, weil Particularmünzveränderungen keine Aenderung in den Preisen der Dinge verursachten, sondern nur das Verhältniß einzelner Münzsorten zu den übrigen beträfen.

Die meisten Rechtsgelehrten[86]) nehmen endlich ohne Unterschied zum Grundsatz an, daß bey einer entstandenen Münzveränderung allemal auf die Zeit des geschlossenen Contracts gesehen werden müsse, der Schuldner bezahle also das Capital in demjenigen, sowohl inneren als äußeren Werth wieder, in welchem er solches empfangen hat.

So

86) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 33. *Io. Ortwin.* Westenberg Princip. iur. Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 43. *Christ. Frid. Imm.* Schorch Prolus. de eo, quod iustum est in reddendo mutuo in casu, si monetae mutatio medio tempore facta est. *Erfordiae* 1761. 4. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 22. 3. Th. Bed. 2. *Io. Sam. Frid. de* Boehmer Diss. de solutione debiti pecuniarii mutata monetae bonitate intrinseca ex tempore natae obligationis aestimanda. *Francof. ad Viadr.* 1762. *Io. Phil.* Slevogt Commentat. de rei numariae mutatione et augmento. *Ienae* 1742. *Henr. Melch.* Schütte Diss. de eo, quod iustum est circa restitutionem mutui, mutata monetae bonitate. *Erfordiae* 1738. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 2. Th. 4. Hauptabth. 1. Hptst. §. 14. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 30. Georg Jacob Fried. Meister in den pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 1. Band. Bemerk. XIX. Just. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge 2. Th. §. 176. *Io. Th.* Seger Diss. de mutato valore monetae in solutionibus aestimando. *Lipsiae* 1763. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. §. 468. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1871. u. a. m.

So verschieden sind also die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage, wie ein Geldanlehen im Fall einer erfolgten Münzveränderung wieder zu bezahlen sey? Vor allen Dingen hat man aber bey Entscheidung dieser Frage darauf zu sehen,

I. ob durch Verträge etwas Bestimmtes über diesen Punct unter den Partheyen festgesetzt worden ist. Eine solche Uebereinkunft ist dann als ein Gesetz unter den Contrahenten anzusehen, wornach sich beyde Theile müssen beurtheilen lassen. *Nam pacta dant legem contractui* [87]). Es darf nur kein unerlaubter Wucher darunter verborgen seyn. Dies würde z. B. der Fall seyn, wenn das Capital in geringen Silbermünzen dargeliehen worden ist, und der Gläubiger sich hätte versprechen lassen, daß es ihm in Golde wiederbezahlt werden solle [88]). Keineswegs aber ist der Vertrag für unerlaubt zu halten, wodurch, ohne die gegebene Münzsorte zu bestimmen, ausbedungen worden ist, daß die Rückzahlung des Anlehns in einer zur Zeit derselben gangbaren Münze geschehen solle. Hier muß der Schuldner das Capital in dem zur Zeit der Heimzahlung cursirenden Gelde abtragen, und der Gläubiger solches in dem Werthe, den es jetzt hat, annehmen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob es von bessern oder schlechtern innern Gehalt ist, als dasjenige, worin das Capital ist dargelie-

87) *L. 23. D. de Reg. iur.*

88) S. Kaisers Rudolphs II. Policeyordn. vom Jahr 1577. Tit. 17. §. 4. S. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten ꝛc. §. 166. Not. f. S. 240.

geliehen worden[89]). Mehrere Rechtsgelehrten[90]) sind zwar der Meinung, daß auch bey diesem Vertrage auf die zur Zeit des contrahirten Anlehns beschaffen gewesene Münzgattung Rücksicht zu nehmen, und folglich an der jetzt gangbaren Münze soviel wieder zu bezahlen sey, als dem innerlichen Werthe nach dazu gehört, daß der Gläubiger eben soviel wieder bekomme, als er gegeben hat. Allein richtiger ist wohl die Meinung derjenigen[91]), welche behaupten, daß in dem bemerkten Falle ein Vertrag auf Gewinn und Verlust eingegangen werde, in welchem von beyden Seiten die Erklärung liegt, daß man auf den innern Gehalt der zum Anlehn gegebenen Münze keine Rücksicht nehmen, sondern es dem Zufall überlassen wolle, wer dabey gewinnen oder verlieren werde. Auf keine Weise darf jedoch auch in diesem Falle die Rückzahlung in solchen schlechten Münzsorten geschehen, welche in schlimmen Zeitläuften mehr geduldet, als öffentlich gebilliget werden, und meistens um die Hälfte weniger innerlichen Werth haben, als sie haben sollen[92]). Sollte die wahre Absicht der Contra-

89) S. Schmidts angeführte Abhandlung §. 165. Man vergleiche jedoch vorzüglich Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 63.

90) Man sehe hier besonders *Christ. Nic.* Schlichtkrull Diss. de obligatione debitoris solutionem promittentis in moneta tempore solutionis recepta, praeprimis suborta mutatione monetae. *Gryphiswaldiae* 1766. §. 11. sqq. und *Io. Dan.* Titius in Diss. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione praesertim in mutuo. *Vitemb.* 1763. pag. 15. sqq.

91) Richter Decis. LXXII. nr. 27. Lyncker Decision. Ien. 115. et 133. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 30. S. 48.

92) S. Gmelin a. a. O. §. 30. S. 49.

trahenten zweifelhaft seyn, so würde diejenige Auslegung billig den Vorzug verdienen, welche der Natur des Anlehns am gemäßesten ist, folglich der Vertrag im Zweifel so auszulegen seyn, daß der Gläubiger eben soviel von gleicher Güte wieder erhalte, als er dem Schuldner dargeliehen hat [93]. Zuweilen wird auch die Anzahl und Gattung der Münzen, in welchen das angelehnte Geld gegeben worden, in der Schuldverschreibung benannt, und ausgemacht, daß die Schuld in einer gleichen Zahl von Geldstücken, die von derselben Gattung und Güte sind, wiederbezahlt werden solle. Hier bleibt es dann bey dem Vertrage, und es kommt nicht darauf an, ob diese Geldsorte in ihrem äußerlichen Werth gestiegen oder gefallen ist. Z. E. das Darlehn besteht in **100** vollwichtigen Stücken Friedrichsd'or, und der Schuldner verspricht eben soviel Stück von gleichem Gehalt zurückzuzahlen [94]. Auf jeden Fall ist es jedoch als eine nöthige Vorsicht zu empfehlen, die Münzsorte und deren Werth, in welchem das Capital ausgeliehen worden, und die künftige Wiederbezahlung geschehen soll, in der Schuldverschreibung deutlich zu bestimmen, wodurch auf den Fall einer etwa erfolgenden Münzveränderung viel Streit verhütet werden kann. Z. B. **1200** fl. in **500** Conventions-Thalern sollen in gleicher Münzgattung wiederbezahlt werden.

II. In Ermangelung solcher Verträge ist auf die besondern gesetzlichen Bestimmungen, welche hierüber vorhan-

93) Boehmer cit. Diss. de solutione debiti pecuniarii, §. 17. und Schmidt in der angef. Abhandl. von den Münzsorten rc. §. 167.

94) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1871. N. II. lit. A. und Höpfners Commentar. §. 768. Nr. 7. lit. a.

handen sind, Rücksicht zu nehmen. Dahin gehören die verschiedenen Münzedicte eines jeden Landes [95]), oder was sonst darüber in den besondern Landrechten verordnet worden ist [96]).

III. Ist die Frage weder aus Verträgen, noch aus den darüber vorhandenen besondern gesetzlichen Bestimmungen zu unterscheiden, so muß sie nach allgemeinen Grundsätzen, welche theils die Natur des Darlehns, theils der Begriff und die eigentliche Beschaffenheit des Geldes oder geprägten Metalls an die Hand giebt, entschieden werden. Erwägt man nun

IV. die Natur des Darlehns, und die darüber in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen, so ergiebt sich daraus, daß der Schuldner dasjenige, was er empfangen hat, durch eben soviel von eben der Art und Güte, als er erhalten, dem Gläubiger wieder erstatten muß. Außer den bereits oben angeführten klaren Gesetzstellen, *L.* 3. *D. h. t.* und *L.* 80. *D. de Solut.* beweißt dies auch insonderheit die Stelle im ***Princip. Instit. Quib. mod. re contrah. obligat.*** wo Justinian sagt: **Quoniam nobis non eaedem res, sed *aliae eiusdem naturae et qualitatis redduntur*, inde etiam *mutuum* appellatum est.** Hieraus folgt nun wohl von selbst, daß, so wenig es dem Schuldner erlaubt ist, statt des zum Darlehn erhal-

95) Man s. z. B. das Edict des Churf. *Johann Georg I.* von Sachsen in Cod. Aug. T. II. p. 886. ferner das Churbraunschw. Münzedict vom 21. April 1764. in Strubens rechtlichen Bedenken 3. Th. Bed. 2.

96) Z. B. in dem Preußischen Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 778. ff. und im *Code Napoleon* Art. 1895.

haltenen guten und alten Weins, jungen und schlechtern zurückzugeben, er auch eben so wenig bey einem Gelddarlehn, statt des erhaltenen guten Geldes, in schlechten Münzsorten bezahlen dürfe. Er ist vielmehr nach der Natur des Contracts verbunden, nicht nur eine gleiche Summe, sondern auch eben dieselbe, wenn gleich nicht in den nämlichen Individuen, doch wenigstens in solchen Münzsorten wieder zu bezahlen, die den zum Darlehn empfangenen, dem Werth und der innern Güte nach, gleich sind. Denn wenn gleich Paulus in der hier durchaus entscheidenden Stelle der *L.* 3. *D. h. t.* vom Gelddarlehn nicht ausdrücklich redet, so leidet doch die Anwendung derselben auf das Gelddarlehn nicht den mindesten Zweifel, da dieser römische Jurist hier einen Grundsatz aufstellt, welchen die Natur des Contracts und die Absicht der Contrahenten nothwendig mit sich bringt. Er sagt nämlich: **in mutuo contrahendo id agi intelligitur,** ***ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur*****,** ***qua datum sit*****.** Es ist also wohl unläugbar, daß, nach der Natur des Darlehns und der Absicht der Contrahenten, die Zeit, wo der Contract geschlossen worden, als die einzige richtige Norm der zu leistenden Wiederbezahlung des angeliehenen Geldes in jedem Falle angenommen werden müsse. Es kann dies auch um so weniger bezweifelt werden, da die Gesetze auch in andern Fällen auf den Anfang eines Rechtsgeschäfts, als den richtigsten Gesichtspunct, Rücksicht zu nehmen gebieten, um die darans entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten darnach zu beurtheilen [97]). Dies alles bestärkt noch in-

97) *L.* 34. *L.* 144. *D. de Reg. iur.* besonders *L.* 8. *pr. D. Mandati*, wo es heißt: *Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam.*

insonderheit eine wichtige Stelle des canonischen Rechts, welche hier einen vorzüglichen Platz verdient. Es ist das *cap.* 26. *X. de Censibus*, wo Pabst Gregor IX. auf folgende Art rescribirt: **Cum canonicis maioris ecclesiae quandam summam pecuniae, pro pensione ecclesiae tuae debitam, aliquot annis persolveris, et iidem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solvi, tibi damus nostris litteris in mandatis, ut canonicos illos *solutione prioris pecuniae*, vel, si non sit in usu, *aestimatione pensionis antiquae* facias manere contentos.** Verbindet man nun noch damit

V. den Begriff des Geldes, so wird man sich noch mehr überzeugen, daß vorzüglich der innere Werth, welchen die contractmäßig gezahlte Münzsorte zur Zeit des gegebenen Darlehns hatte, zum Maasstabe der Zahlung in der heutigen Münzsorte genommen werden muß. Unter Geld versteht man hier Metallmünze, deren Werth nach einer gewissen Quantität und Güte durch öffentliches Gepräge zu dem Ende versichert ist, daß es im Handel und Verkehr als allgemeines Schätzungsmittel angenommen werden solle[98]). Man hat nun beym Geld Viererley zu unterscheiden.

1) Das Metall selbst, woraus die Münze geprägt worden ist. Dieses wird das Zeug, wie man in Münzstätten spricht, oder der Gehalt, oder das Korn der Münze genennt. Bey Silber- und Goldmünzen pflegt dieses nicht unvermischt zu seyn, sondern das Gold bekommt einen Zusatz von etwas Silber und Kupfer, zur Silbermünze

98) S. Schmidts angef. Abhandlung §. 39.

münze aber wird ein Theil Kupfer geschmolzen, und dies geschieht bey den kleinern Münzsorten mehr als bey den gröbern. Man nennt diese Vermischung des edlern Metalls mit einem Zusatz von geringern das Legiren, und das Verhältniß des edlern Metalls zum beygemischten schlechtern, oder zum Zusatz, den Gehalt der Münze oder Korn im eigentlichen Sinn.

2) Die Schwere der Münze, welche das Schroot oder Gewicht der Münze genennt wird. Die Handlung, wodurch das Schroot und Korn bei einer Münze in ein gewisses Verhältniß gebracht wird, heißt die Beschickung der Münze. Aus diesen beyden Stücken, dem Schroot und Korn, besteht der innere Werth oder Güte der Münze, welche dieselbe als geprägtes Metall hat. (*bonitas nummorum intrinseca*). Hiervon ist

3) der äußere Werth der Münze zu unterscheiden, *valor externus*, s. *bonitas extrinseca*). Dies ist der einer Münze beygelegte Preiß, wie viel sie gilt. Man nennt diesen Werth auch die Wardirung, Würdigung oder Würderung der Münze. Dieser äußere Werth hängt ab von der Menge der Sachen, welche man für eine Münze kaufen kann, oder von der Summe, welche man bey der Auswechselung einer Münze in andern Münzsorten dafür bekommt. Einen solchen äußern Werth erhält nun eine Münze entweder

a) von dem Landes- und Münzherrn durch gesetzlich geltende Bestimmungen. Dies wird der äußere legale Werth, oder der landesherrliche Münzpreiß, (*valor vere publicus*) genennt. Oder

b) durch

b) durch den Lauf der Handlung und Verkehr in Beziehung auf andere Münzsorten. Dies heißt der Cours-Preis, (*valor quasi publicus*).

4) Der Münzfuß. Darunter versteht man die bestimmte Norm, welche beim Ausprägen des Geldes in Hinsicht des Schrootes und Korns beobachtet wird. (*Modus monetae, pes monetalis*). Bey dem Münzfuße ist nun vorzüglich die äußere Güte nach der innern einzurichten. Der Stempel aller für den Umlauf geschlagenen Münzen hat auch eigentlich nichts anders zur Absicht, als eine öffentliche Beglaubigung, daß in der Münze dasjenige Quantum von Gold oder Silber enthalten sey, welches ihrem äußern Werth entspricht. Was für einen wichtigen Einfluß der Gehalt der Münze auf das Commercium habe, lehrt die tägliche Erfahrung. Denn so wie die innere Güte der Münzen von ihrem äußern Werthe differirt, eben so differirt auch der Preiß der Waaren. Dieser steigt in eben dem Verhältniß, als die innere Güte der Münze von dem ihr beygelegten äußern Werthe unterschieden ist. Alles ganz natürlich. Denn die Münze soll ja das allgemeine Schätzungsmittel, oder der allgemeine Maasstab seyn, wornach man den Werth der Dinge abmißt. Der Kaufmann nimmt daher nicht, wie Pütter[100]) ganz richtig bemerkt, die im äußerlichen Gepräge angegebene Anzahl Gulden oder Thaler bey Bestimmung des Werths seiner Waare zum Maasstabe, sondern sieht nur darauf, wieviel an feinem Silber darin enthalten sey, als welches allein den

100) Auserlesene Rechtsfälle 4. Bandes 2. Th. Resp. CCCLXXXIII. nr. 9.

den wahren innern Werth der Münze ausmacht. Man kann also mit einer Münze von schlechterem Gehalt nicht dasjenige erhandeln, was man mit einer Münze von besserer innerer Güte kaufen kann. Hieraus entsteht die Eintheilung der Münzen in gute und schlechte. Kommt nämlich der einer Münze beygelegte äußere Werth dem innern, welchen sie von der Materie und Gewicht hat, gleich, so sagt man, es ist gute Münze, gutes Geld (*moneta proba*); in dem entgegengesetzten Falle aber, es ist schlechte Münze, schlecht Geld: (*moneta reproba*). Je weniger also die innere Güte des Geldes seinem äußerlichen Werthe gleichkommt, desto schlechter ist auch das Geld.

VI. Ist nun eine Münzveränderung erfolgt, so lassen sich folgende Fälle unterscheiden.

1) Es ist eine gewisse Münzsorte ganz abgesetzt und verrufen. Hier darf der Schuldner in einer solchen Münzsorte keine Zahlung leisten, gesetzt auch, daß das Darlehn vor der Absetzung darin gegeben worden wäre[1]). Der Grund ist, weil abgesetzte Münze nicht mehr als Geld zu betrachten ist. Nun ist Geld zum Darlehn gegeben worden, also muß auch geltende Münze wieder zurückbezahlt werden. Der Schuldner muß daher in einer solchen Münzsorte bezahlen, die zur Zahlungszeit gangbar ist, wobey denn aber freylich auf den Gehalt Rücksicht genommen werden muß, welchen die zur Zeit der entstandenen Schuld aus-

1) *L.* 24. §. 1. *D. de pignerat. act.* Reproba pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis. S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. DXXIX. medit. 18. Schmidts angef. Abhandl. §. 58. g. S. 87. ff. vorzüglich §. 156. und Westphals Rechtsgutachten Lib. 46. Tit. §. 4. S. 212.

ausgezahlten oder gangbar gewesenen, nunmehr aber verrufenen Münzsorten gegen den Gehalt derjenigen Münzsorten verhältnißmäßig haben, die zur Zeit der Zahlung gelten, und in welchen die Zahlung bewirkt werden soll [2]).

2) Die Münzsorten sind nur in ihrem Werthe verändert worden. Dann ist entweder

a) der innere Werth geändert, das heißt, die Münzen sind entweder in ihrer Materie, oder in ihrer Schwere, oder in beyden zugleich verändert worden, so daß entweder weniger oder schlechteres mit mehr Zusatz vermischtes Metall zur Münze genommen wird, oder umgekehrt. Hier lassen sich also zwei Fälle gedenken.

aa) Die Münzen sind in Ansehung ihres Gehalts seit dem geschlossenen Contract verbessert worden. Hier zahlt der Schuldner, wenn er in den neuern bessern Münzen das Capital abträgt, soviel weniger, als dieselben, gegen die empfangenen schlechtern Münzen, besser sind. Der Gläubiger erhält zwar hier an Stückzahl weniger zurück, als der Schuldner empfieng, allein da der Gläubiger damit eben das ausrichten kann, was der Schuldner mit den empfangenen schlechtern Münzen ausrichten konnte; so bekommt er in der That eben soviel wieder zurück, als er zum Darlehn gegeben hat. Käme das Agio nicht in Berechnung, so würde der Schuldner zuviel bezahlen, und der Gläubiger sich mit desselben Schaden unbilliger Weise bereichern. Wenn also auch z. B. die dem Schuldner in schlech-

2) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decis. LXII. nr. 6. S. 541. und Schmidts angef. Abhandl. §. 159.

tem Gelde dargeliehenen **100** Thaler in den neuen bessern Münzen um ein Drittel oder wohl gar um die Hälfte an Stückzahl weniger betragen sollte, so muß sich doch der Gläubiger damit begnügen [3]).

bb) Die Münzen sind zur Zeit der Wiederbezahlung der Schuld von schlechterem Gehalt. Hier muß der Schuldner, wenn er in dem neuen schlechtern Gelde die Schuld bezahlen will, dem Gläubiger den Abgang am innern Werth vergüten, und daher soviel mehr geben, als die neue Münze schlechter ist, denn diejenige, in welcher er das Darlehn empfing, oder er muß in andern Münzsorten, welche in ihrer innern Güte den dargeliehenen gleichkommen, das Capital abtragen, weil sonst der Gläubiger weniger wiederbekommen würde, als er dem Schuldner geliehen hat [4]).

b) Es hat sich blos der äußere Werth der dargeliehenen Münzsorten, ohne Veränderung der innerlichen Güte derselben, geändert. Hier lassen sich wieder zwey Fälle gedenken.

aa) Der äussere Werth der dargeliehenen Münzsorten ist gestiegen. Dies ist gewöhnlich der Fall, wenn die klei-

3) Carpzov P. II. Const. 28. Def. 4. Schmidts angeführte Abh. §. 184. Schorch cit. Commentat. §. 14.

4) Schmidts angef. Abh. §. 185. ff. Man sehe auch Walchii Introduct. in controv. iur. civ. pag. 512. §. 12. Daß nach dieser Meinung auch in der Praxis gesprochen werde, erhellet aus Wernheri Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 169. und Tom. III. P. I. Obs. 92. Pütters auserlesenen Rechtsfällen 2. Bandes 4. Th. Dec. CXXXII. Kind Quaest. for. Tom. I. cap. 41. *Fratr.* Becmannorum Consil. et Decision. P. I. Decis. 35. u. a.

kleineren Münzen geringer ausgeprägt werden, wodurch sodann der äußere Werth der gröbern in eben dem Verhältniß steigt, als die innere Güte der kleinern verringert worden ist, und dies ganz natürlich aus dem Grunde, damit zwischen beyden das Verhältniß nicht aufgehoben werde. Hier glauben nun zwar viele Rechtsgelehrten [5]), der Schuldner könne dem Gläubiger die Münzsorten nach ihrem erhöheten äußerlichen Werthe anrechnen. Allein gegründeter ist die Meinung derjenigen [6]), welche behaupten, daß die Münzsorten in eben dem äußerlichen Werthe, worin sie der Schuldner empfangen hat, zurückgegeben werden müssen, und das Steigen desselben den Schuldner zu keinem Abzuge berechtigen könne, weil sonst offenbar der Gläubiger nicht eben so viel wieder erhalten würde, als der Schuldner zum Darlehn empfangen hat. Denn man setze, der Louisd'or habe zur Zeit des Darlehns 5 Thaler gegolten, der Schuldner hätte also ein Capital von **100** Thln. mit

20 Stück

5) Struv in Synt. iur. civ. Exercit. XVI. Th. 31. sagt: *Si auctus sit valor, et idem forte nummorum genus solvatur, debitor deducere potest incrementum, quod veteri accessit aestimationi* v. c. *Si* 200 *aureos Ungaricos s. ducatos mutuo quis dederit eo tempore, quo unus eorum forte valuisset* 36 *grossos; hodie solvens ducatos non* 200 *sed* 150 *teneretur reddere.* Eben so Mevius Tom. II. P. VI. Decis. 389. Lyncker Decis. 1286. und Joh. Christ. Ludw. Fresenius in den Meditationen für Rechtsgelehrte 1. Band. Medit. 2. S. 42. ff.

6) S. Schmidts angef. Abhandl. §. 188. Schorch in Prolus. de eo, quod iustum est in redd. mutuo, in casu mut. monetae. §. 16. Schlichtkrull Diss. de obligatione debitoris solutionem promittentis in moneta tempore solutionis recepta. §. 8. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 30. S. 52. u. a. m.

20 Stück Louisd'or erhalten. Nachher wäre nun wegen des schlechten Gehalts der Current-Münzen der Werth der Louisd'ors bis auf 10 Thlr. gestiegen. Könnte der Schuldner dem Gläubiger jetzt das Stück Louisd'or in dem gestiegenen Werth anrechnen, so würde ja der Gläubiger statt der dargeliehenen 20 St. Louisd'or nur 10 zurück bekommen, also um die Hälfte weniger, als er gegeben hat. Der Schuldner darf also dem Gläubiger den Louisd'or nicht höher anrechnen, als er ihm angerechnet worden ist. Man kann auch nicht sagen, daß sich der Gläubiger zum Schaden des Schuldners bereichere, und eine größere Summe wieder zurückerhalte, als er dargeliehen hat. Denn die Erfahrung lehrt, daß das Steigen des Geldes in seinem äußerlichen Werthe eine Vertheuerung der Waaren nach sich zieht [7]).

bb) Der äußere Werth der dargeliehenen Münzsorten ist zur Zeit der Heimzahlung gefallen. Man nennt dieses Herabsetzen einer Münze in einen geringern Werth, die Devalvation. Auch hier behaupten viel Rechtsgelehrten [8]), der Schuldner müsse dasjenige, was die Münzen an

7) Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XXIX. Th. 3. Lit. C. pag. 999. sagt: *Crescente valore maioris monetae, et deteriorata bonitate intrinseca minoris, quae in commerciis quotidianis intervenire solet, crescunt singularum rerum pretia, quae ad rationem minoris monetae constitui solent.*

8) S. Gudens Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung in veränderten Münzen. Braunschweig 1764. J. G. Dietze Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen: Wie ist eine Geldschuld abzutragen? und wie hat man bey Valvirung aller ehedessen sowohl in Gold- als Silbergeld an-

an ihrem äußeren Werthe verloren haben, dem Gläubiger gut thun, weil sonst der Gläubiger nicht eben soviel wieder erhielte, als er dem Schuldner geliehen hat. Man fügt noch hinzu, daß es bey Schätzung des Capitals nicht auf die Species allein, sondern zugleich auf den Nutzen, den der Schuldner sich damit geschafft, und auf den Werth ankomme, in welchem er das Geld ausgegeben hat. Habe also der Schuldner die Münzen noch in ihrem vollen Werth benutzt und ausgegeben, so müsse er auch dem Gläubiger den vollen Werth vergüten. Ueberdem müsse durch die Zahlung die Sache in eben den Zustand gesetzt werden, als wenn gar kein Darlehn wäre gegeben worden. Hätte nun der Gläubiger das Geld in seinem Kasten behalten, so müsse man annehmen, er werde, was ein jeder guter Wirth gethan haben würde, die gefallenen Münzsorten noch in Zeiten weggegeben, oder sie doch mit wenigerem Schaden angebracht haben, als er nunmehr leiden würde, wenn er diese Münzsorten in eben dem Werthe wieder annehmen müßte, welchen sie zur Zeit des Contracts hatten. Gesetzt auch der Schuldner litte dabey Schaden, so geschehe dieses mit Recht. Denn er war ja Eigenthümer von dem erborgten Gelde geworden, und müsse daher auch, als Eigenthümer, billig den Schaden allein tragen. Andere[9]) hingegen sind der Meinung, daß der Schuldner die Münzsorten dem Gläubiger in dem Werth wieder anrechnen könne, in welchem

angelegten Capitalien zu verfahren, damit weder der Gläubiger, noch der Schuldner beschwert werde? Frankfurt am Main 1791. 8. *Abr. Gottl.* Kaestner Progr. de restitutione mutui, mutato pecuniae valore. *Lipsiae* 1750. u. a. m.

9) Schorch Prolus. cit. §. 17. Schlichtkrull Diss. cit. §. 8. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. §. 468. in fin.

chem er sie zum Darlehn erhalten hat, weil sonst der Schuldner mehr wiedergeben würde, als er empfangen hat, wenn er die Schuld in dem heruntergesetzten Werthe der Münzen bezahlen müßte. Leide auch der Gläubiger dabey einigen Schaden, so müsse er denselben mit dem Gewinn compensiren, den er bey dem erhöheten Werth der Münzen gehabt hätte. Allein es ist vielmehr mit Schmidt[10]) zu unterscheiden, ob mit dem Abfall des äußerlichen Werths der dargeliehenen Münzsorten auch der Preiß der Waaren verhältnißmäßig gefallen ist, oder nicht. In dem ersten Falle, wenn z. B. mit dem halben Abfall des äußerlichen Werths der Münzen auch die Waaren um die Hälfte wohlfeiler geworden sind, wird der Schuldner von seiner Schuld befreyet, wenn er die Münzsorten in dem äußerlichen Werth anrechnet, in welchem er sie von dem Gläubiger empfangen hat. Man setze also, zur Zeit des geschlossenen Contracts habe der Louisd'or 6 Thaler gegolten, der jetzt nur 5 Thaler gilt, so kann ihn der Schuldner doch zu 6 Thalern anrechnen. Denn wenn man annimmt, daß die Waaren nun auch verhältnißmäßig wohlfeiler geworden sind, so kann nun jetzt der Gläubiger mit einem Louisd'or eben soviel erhandeln, als der Schuldner mit 6 Thalern zu kaufen vermochte. In dem andern Falle hingegen, da der Preiß der Waaren, des heruntergesetzten Werths der Münzen ungeachtet, unverändert geblieben ist, muß der Schuldner, wenn er die Münzen in ihrem vollen Werthe genutzt hat, dasjenige, was dieselben durch die Herabsetzung an ihrem äußerlichen Werthe verloren haben, dem Gläubiger vergüten, weil sonst der Gläubiger offenbar Schaden leiden würde. Er bekommt zwar nun an Stück-

zahl

10) Abhandl. von den Münzsorten rc. §. 189. ff.

zahl mehr zurück, als er dem Schuldner geliehen hat, allein da er, bey dem vorigen und unverändert gebliebenen Preis der Waaren, damit doch nicht mehr bestreiten kann, als der Schuldner mit dem ihm geliehenen Gelde ausrichten konnte, so erhält der Gläubiger doch dem Werthe nach nicht mehr zurück, als er dem Schuldner geliehen hat.

Es ist übrigens noch Folgendes zu bemerken.

1) Ist es zweifelhaft, in welcher Münzsorte das Darlehn gegeben worden, so wird vermuthet, daß die Auszahlung in derjenigen Münzsorte geschehen sey, welche zur Zeit des Contracts an dem Orte, wo das Darlehn contrahirt worden, am häufigsten coursirte [11]); und zwar wird Silber-Courant eher, als Gold, vermuthet. Sollte jedoch auch hierin mit Gewißheit nichts zu bestimmen seyn; so streitet die Vermuthung für diejenige Münzsorte, worin die Zinsen bisher entrichtet und angenommen worden sind, weil die Zinsen, als eine **accessio sortis**, der Regel nach in eben solchen Münzsorten bezahlt werden müssen, in welchen das Capital selbst abzutragen ist [12]).

2) Ist zwar noch keine Münzveränderung geschehen, aber es steht eine solche bevor; man weiß, daß eine Münzsorte nächstens abgesetzt werden wird, so entsteht die Frage, ob

11) S. *de* Berger Oecon. iur. Lib. III. Tit. 2. Th. 4. Not. 7. Strubens rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 2. §. 10. Schmidt von den Münzsorten 2c. § 62. n. S. 112. Vergl. auch das Allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. 11. Tit. §. 779.

12) *L.* 23. *C. de Usur.* Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 168. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten §. 218. Man sehe auch das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 801.

ob der Gläubiger die Bezahlung der Schuld in einer solchen Münzsorte anzunehmen verbunden sey? Auch hierüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Gmelin[13]) behauptet, der Gläubiger müsse sich die Bezahlung in dieser Münzsorte gefallen lassen, wofern nur nicht etwa der Schuldner die Bezahlung ohne Ursach verzögert, oder sich sonst dabey eines Betrugs schuldig gemacht hat. Leyser[14]) und Schmidt[15]) entscheiden hingegen jene Frage verneinend. Es läßt sich vielleicht folgender Mittelweg treffen. Der Gläubiger hat entweder in dieser Münzsorte das Darlehn gegeben, oder in einer andern. In dem ersten Falle kann sich der Gläubiger nicht weigern, die Zahlung in dieser Münzsorte anzunehmen, so lang sie wirklich noch nicht verrufen ist, wenn nur die Heimzahlung nicht vor der Zeit geschieht. In dem andern Falle hingegen kann er die Annahme der Bezahlung in einer solchen Münzsorte, die auf dem Sprung steht, abgesetzt zu werden, mit Recht verweigern.

3) Ist einer von beyden Theilen **in mora**, so trägt dieser den Schaden billig allein, welcher aus der unterdessen erfolgten Münzveränderung entstanden ist[16]).

4) Die Grundsätze von Leistung einer Zahlung im Falle einer entstandenen Münzveränderung finden nicht nur beym Darlehn, sondern auch in allen andern Fällen Statt, wo eine Geldschuld abzutragen ist, die Forderung sey durch einen

13) Von Aufsätzen über Verträge §. 30. S. 50.

14) **Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 20.**

15) Abhandl. von d. Münzsorten rc. §. 142. ff.

16) **Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1871. B.**

einen Vertrag, oder Testament begründet worden, oder rühre aus einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze her. Ueberall ist auf den Anfang des Geschäfts zu sehen, wodurch die Forderung entstand [17]). Nur wenn von Erstattung eines Darlehns anderer fungiblen Sachen die Rede ist, deren Werth in Ermangelung von Sachen der nämlichen Art ersetzt werden soll, so wird der Preiß nach der Zahlungszeit bestimmt [18]). Der Grund ist ganz natürlich der, weil es hier nicht darauf ankommt, wie viel die Sache zur Zeit des Contracts gekostet hat, sondern vielmehr die Frage davon ist, wie viel Geld es braucht, um jetzt eine Sache von der nämlichen Art und Güte anzuschaffen [19]). Julian lehrt dies auch ausdrücklich, wenn er *L.* 22. *D. h. t.* sagt: **Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. Quaesitum est,** ***cuius temporis aestimatio fieret*****: utrum cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur: SABINUS respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non,** ***quanti tunc*** [20]), ***cum petitum esset.*** **Interrogavi, cuius loci**

17) *L.* 7. *D. de auro arg. leg. L.* 40. *D. eodem. L.* 41. §. 4. *D. de legat.* 3. *Cap.* 20. *X. de Censib.* Schmidt von den Münzsorten §. 63. ff. BOEHMER Diss. cit. de solutione debiti pecun. §. 9. sqq. Strubens rechtliche Bedenken 2. Band. Bed. 22. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 90.

18) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decis. 63. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1872.

19) S. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrecht 1. Band Bemerk. XIX. §. 10.

20) Die Worte: *si non, quanti tunc*, sind in den meisten Ausgaben eingeklammert. Nur Baudoza lieset, ohne Einschliesfung,

loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti, ubi esset petitum. Da jedoch dieser Gegenstand sich mehr zur condictio triticaria qualificirt, als daß er hierher gehört, wie auch Cujaz[21]), Merillius[22]), und Schulting[23]) bemerkt haben, so werde ich davon Lib. III. Tit. 13. ausführlicher handeln.

§. 784.

sung, *si non, quanti tunc fuisset.* Unser Erlanger Codex hat, *si non, quanti tunc esset.* Da diese Worte auch in der Taurellischen Ausgabe eingeklammert sind, so ist dies ein Beweis, daß sie in der Florentinischen Handschrift nicht stehen, und von Taurell ergänzt worden sind. Von diesem Supplement hängt indessen die ganze Meinung des Sabinus ab, wofern man nicht etwa mit Brenkmann in dem Gebauerschen Corp. iuris: *Sabinus respondit, si dictum* NON *esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, cum petitum esset,* lesen will. Allein die Nothwendigkeit jenes Supplements beweisen insonderheit die *Basilica* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 22. wo es heißt: Ἐὰν συνεφωνήθη πότε καὶ ποῦ χρηδοθῆναι τόν δανεισθέντα οἶνον, πρὸς ἐκεῖνον τόν τόπον καὶ τὸν χρόνον δίδοται ἡ διατίμησις. εἰ δὲ μὴ συνεφωνήθη, πρὸς τὸν τῆς προκατάρξεως καιρὸν, καὶ τὸν τόπον καθ' ὃν ἡ δίκη λέγεται. i. e. *Si convenerit, quando et ubi vinum mutuo datum reddi opporteret, quanti eo tempore et loco esset, aestimatio datur. Si vero non convenerit, spectatur tempus litis contestatae, et locus quo petitur.* Dieser Beweis ist bisher ganz übersehen worden.

21) Comment. ad h. L. 22. D. in *Operib.* T. IV. P. I. pag. 714. et Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. D. Quod certo loco.

22) Variant. ex Cujacio. Lib. I. c. 17.

23) Thes. controversar. Decad. XXXVII. Th. 2.

§. 784.

Wenn ist ein Darlehn zurückzuzahlen?

In Absicht auf die Zeit der Rückzahlung des Darlehn kommt es darauf an, ob darüber durch Vertrag etwas bestimmt worden ist, oder nicht. Ist das Erstere, so muß es dabei bleiben, und eine solche Bestimmung ist für beyde Theile rathsamer [24]).

1) Für den **Schuldner**, weil der Gläubiger vor Ablauf der bestimmten Zeit die Bezahlung nicht verlangen kann. Es müßten denn etwa die Umstände des Schuldners sich zu verschlimmern anfangen, und der Gläubiger Gefahr laufen, das Seinige zu verlieren. Unter diesen Umständen kann freylich der Zahlungstermin den Gläubiger nicht weiter binden.

2) Für den **Gläubiger**, a) weil dann sogleich nach Ablauf der Verfallzeit der Verzug mit seinen Wirkungen auf Seiten des Schuldners, ohne Interpellation, eintritt, wenn die Bezahlung nicht erfolgt. b) Weil auch der Gläubiger nicht schuldig ist, vor Ablauf der bestimmten Zeit die Zahlung vom Schuldner anzunehmen, wenn ihm daraus ein Nachtheil erwächst [25]). Es ist aber doch noch insonderheit darauf zu sehen, zu wessen Besten die Zahlungszeit bestimmt worden ist. Im Zweifel vermuthet man immer, daß der Zahlungstermin zum Vortheil des Schuldners beygefügt worden sey [26]), und dann kann der Schuld-

24) S. **Gmelin** von Aufsätzen über Verträge §. 31.

25) **Schmidt** von den Münzsorten §. 147. und Stryk Us. mod. Pand. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 14.

26) *L.* 41. §. 1. *D. de Verb. obligat. L.* 17. *D. de Reg. iur.* **Schmidt** im angef. Buche §. 149. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4113.

Schuldner auch früher Zahlung leisten[27]). Wenn hingegen die Zahlungszeit blos zum Vortheil des Gläubigers beygefügt worden, oder sich sonst aus den Umständen ergiebt, daß es zum Besten beyder Theile geschehen sey, so kann zwar der Gläubiger das Geld auch früher annehmen, als er es anzunehmen schuldig wäre, allein es müssen ihm dennoch die Zinsen von der ganzen Zeit bezahlt werden[28]).

Ist keine Zeit zur Zurückzahlung bestimmt, so kann zwar der Schuldner zu jeder Zeit, da es ihm beliebt, die Schuld bezahlen; er kann dagegen aber auch zu jeder, auch ungelegensten Zeit, wegen der Bezahlung vom Gläubiger belangt werden. So lange jedoch der Schuldner nicht gemahnt worden ist, ist er nicht in mora. Es muß auch demselben in diesem Falle immer so viel Zeit übrig gelassen werden, als er nöthig hat, um das Geld in seinen Nutzen zu verwenden, und es wieder aufzubringen, welches nach billigem Ermessen des Richters zu bestimmen ist[29]).

Ein Gleiches findet auch in dem Fall Statt, wenn die Wiederbezahlung in solchen Ausdrücken versprochen worden ist, die keine bestimmte Zeit enthalten, z. B. der Schuldner wolle das Darlehn e h e s t e n s, oder n a c h G e l e g e n-

h e i t,

27) *L.* 70. *L.* 98. §. 4. *D. de Solut.* *L.* 137. §. 2. *in fin. D. de Verb. obligat.*

28) *Arg. L.* 55. §. *ult. D. Locati.* Stryk Us. mod. Pand. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 14. in fin. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. eod. Lib. et Tit. §. 28. Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

29) *L.* 105. *D. de Solut.* Voet h. t. §. 19. Carpzov Resp. iur. Lib. IV. Resp. 56. nr. 12. und Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 31. S. 55.

heit, so wie es seine Umstände zuließen, wiederbezahlen. Auch hier muß dem Schuldner, wenn sich die Partheyen nicht vereinigen können, ein Zahlungstermin nach dem Ermessen des Richters gesetzt werden [30]). Billig wird auch in diesem Falle dem Gläubiger, wenn er auf die Bezahlung klagt, der Beweis obliegen, daß dem Schuldner die Bezahlung nach seinen gegenwärtigen Umständen leicht möglich sey, besonders wenn die Bezahlung der Schuld nach Bequemlichkeit versprochen worden wäre [31]). Es ist gewöhnlich, daß bey einer auf unbestimmte Zeit geschehenen Geldanleihe die Loßkündigung binnen einer gewissen Zeit, z. B. einvierteljährige oder halbjährige Aufkündigung des Capitals bedungen wird. Dieses Recht steht alsdann beyden Theilen zu. Wie aber, wenn sich nur ein Theil die Aufkündigung vorbehalten haben sollte? Man setze z. B. daß sich bey einem auf unbestimmte Zeit ausgeliehenen Capital der Gläubiger allein die einvierteljährige Aufkündigung vorbehalten hätte. An sich kann dies nie die Folge haben, daß nun deswegen der Schuldner sich gar keiner Loßkündigung sollte bedienen können. Denn es wäre ja unbillig, wenn der Schuldner das Capital immer und ewig behalten müßte, dafern es dem Gläubiger nicht gefiele, das Capital aufzukündigen. Nein, das Recht der Loßkündigung muß auch in diesem Fall dem Schuldner zustehen. Es kommt ihm nur die kurze Loßkündigungsfrist von einem

30) Wernher Select. Observat. for. Tom. III. P. IV. Obs. 93. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 175.

31) S. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 43.

einem Vierteljahre nicht zu statten, welche sich der Gläubiger vorbehalten hat, sondern sie ist auf eine längere Zeit auszudehnen, soviel nämlich dem Gläubiger nöthig ist, um sein Geld anderwärts zinsbar wieder unterzubringen, welches dann ebenfalls nach dem billigen Ermessen des Richters zu bestimmen ist [32]). Es entsteht hierbey noch die Frage, von welchem Zeitpunkt die bei der Loßkündigung bedungene Frist anzurechnen sey, ob vom Tage der geschehenen Aufkündigung oder erst von Endigung des Jahrs an? Wernher [33]) behauptet das Erstere. Nach der gemeinen Meinung aber wird in der Praxis das Letztere angenommen, und also das Vierteljahr nicht vom Tage der geschehenen Aufkündigung, sondern erst von Endigung des Jahrs angerechnet [34]); so wie denn überhaupt die Regel gilt, daß ein auf jährige Verzinsung dargeliehenes Capital nicht eher, als nach Ablauf des Jahrs, jedesmal zurückgefordert werden könne. Es ist daher eine genaue Bestimmung darüber in der Schuldverschreibung, als eine nöthige Vorsicht zu empfehlen [35]).

§. 785.

Klage aus dem Darlehncontract.

Aus dem Darlehn entspringt nur eine Klage, welche von dem Contract *actio mutui* [36]), und weil sie immer auf

32) S. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischen Rechtsmaterien 2. Band Nr. 44.

33) Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 37.

34) Mevius Part. III. Decis. 144. Stryk Cautelae contractuum Sect. II. Cap. 1. §. 19. *Car. Gottfr.* Kissling Diss. de observationibus quibusdam forensib. circa resignationem nominis, praes. *Conr. Wilh.* Strecker. *Erfordiae* 1744. §. 17.

35) S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 31. S. 56.

36) *L. 5. C. Quib. non obiicit. longi tem. praercript.*

auf eine bestimmte Quantität gerichtet wird, auch *condictio certi ex mutuo* heißt[37]). Sie steht dem Gläubiger gegen den Schuldner zu. Haben mehrere das Darlehn gemeinschaftlich gegeben, so kann jeder auf seinen Antheil klagen, weil die Forderung theilbar ist; es wäre denn etwa verabredet worden, daß jeder allein auf das Ganze sollte klagen können. Dann findet die Prävention Statt[38]). Eben so, wenn mehrere mit einander das Darlehn empfangen haben. Hier kann jeder nur auf seinen Antheil belangt werden, wenn nicht ausdrücklich eine Correalobligation ist festgesetzt worden[39]). Daß die Klage auch auf die Erben geht, hat keinen Zweifel[40]). Doch haften mehrere Erben des Schuldners immer nur **pro rata hereditaria**[41]); auch selbst alsdann, wenn gleich der Schuldner durch ausdrücklichen Vertrag dem Gläubiger zugesichert hätte, daß er jeden seiner Erben eben so, wie ihn selbst, auf das Ganze zu belangen, befugt seyn solle. Denn ein solcher Vertrag ist ohne Wirkung[42]). Im Testament kann zwar der Schuldner verordnen, daß einer seiner

37) *Princ. I. Quib. mod. re contrah. obligat. L.* 9. *pr. D. h. t.* Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, *ex qua certum petitur.*

38) *L.* 9. *Cod. Si certum petat.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 15.

39) *L.* 5. *L.* 12. *Cod. si certum petatur. L.* 11. §. 1. *D. de duob. reis.*

40) *L.* 49. *D. de Obligat. et action.*

41) *L.* 1. *Cod. Si certum petat. L.* 1. *et tot. Tit. Cod. de hereditar. actionib.*

42) *L.* 56. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 17. Mevius P. VI. Decis. 94.

Bayerische Staatsbibliothek München

seiner Erben die Schuld allein übernehmen solle, und diese Verordnung ist auch unter den Miterben verbindlich. Allein der Gläubiger ist deswegen weder berechtiget noch verbunden, von diesem Erben allein das Ganze zu fordern, sondern er kann dessen ungeachtet nur gegen jeden der Erben auf seinen Antheil klagen, obwohl derjenige, welcher die ganze Schuld nach dem Willen des Erblassers bezahlen soll, die übrigen zu entschädigen verbunden ist [43]).

Die Klage geht nun dahin, daß der Beklagte das Darlehn durch eben soviel von derselben Art und Güte, als er empfangen hat, zurückgeben solle. Heutzutage kann die Klage auch auf Zinsen, und zwar sowohl versprochene als Verzugszinsen, ja sogar auf eine Conventionalstrafe gerichtet werden [44]); welches aber freylich dem Römischen Recht nicht gemäß ist, weil hier die Verbindlichkeit **ex re** entsteht. ***Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit***, sagt Paulus *L.* 17. *pr. D. de pact.* Was indessen bey den Römern durch eine Stipulation möglich war [45]), kann heutzutage durch ein bloßes **pactum** bewirkt werden, wenn es auch dahin gehen sollte, daß mehr zurückgegeben werde, als dargeliehen worden ist, wofern es nur

43) *L.* 69. §. 2. *D. de legat. I.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. §. 468.

44) Man sehe hier, was davon schon oben gesagt worden ist. §. 779. S. 4. f. und vergleiche noch *Paul. Wilh* Schmid Progr. de poena conventionali circa mutuum. *Ienae* 1760. auch Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 768.

45) *L.* 24. *D. de praescript. verb.* *L.* 126. §. 2. *D. de verbor. obligat.*

nur nicht auf einen unerlaubten Zinswucher hinausläuft[46]).

Die **actio mutui** ist also immer eine **actio directa**, eine *actio mutui contraria* giebt es nicht. Sollte auch der Empfänger des Darlehns durch die Schuld des Darleihers Schaden gelitten haben, weil z. B. sich unter dem Gelde falsche Stücke befanden; oder der Wein verfälscht war; so finden doch nur die allgemeinen Klagen auf Schadensersatz Statt; nämlich die **actio ex Lege Aquilia**, oder **actio in factum**, oder auch, wenn der Darleiher **in dolo** ist, **actio doli**[47]).

§. 786.

Beweis des Darlehns. Exceptio non numeratae pecuniae. Römischer Litteral-Contract.

Läugnet der Beklagte den Empfang des Darlehns, so liegt der Beweis dem Kläger ob. Denn daß die Numeration geschehen sey, gehört zum Grunde der Klage, weil sich ohne Tradition kein Darlehn gedenken läßt. Nun ist die Numeration eine Thatsache, welche rechtlich nicht vermuthet wird. Diesen Beweis kann der Kläger entweder durch Zeugen führen, welche bey der Darzählung des Gel-

G 2 des

46) S. *Mich. God.* Wernher Commentat. in Pandect. h. t. §. 16. et 17. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 17. Not. p. pag. 125. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1870. Anderer Meinung ist jedoch *Ge. Steph.* Wiesand in Opuscul. iurid. Specim. V. Observat. 3. pag. 54. sqq.

47) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 769. Not. 1. S. 853. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 886.

des gegenwärtig waren, oder auch durch Eidesdelation. Hingegen ein schriftliches Bekenntniß des Beklagten, daß er das Darlehn empfangen habe, auf dessen Rückzahlung geklagt wird, (Chirographum) ist dazu an sich nicht hinreichend, weil die römischen Gesetzgeber annehmen, daß der Schuldschein gewöhnlich in der Hoffnung ausgestellt werde, Geld zu erhalten, ohne daß nachher immer die wirkliche Auszahlung erfolge[48]). Um daher den Mißbrauch ausgestellter Schuldscheine zu verhüten, wurde verordnet, daß ein solches schriftliches Bekenntniß über den Empfang eines Darlehns vor dem Ablauf einer gewissen Zeit wider den Aussteller nichts beweisen solle. Die Einrede, mit welcher sich der Aussteller des Chirographi deswegen schützen kann, heißt *exceptio non numeratae pecuniae*. Diese Exception wird also von demjenigen vorgeschützt, welcher, in der Hoffnung Geld zu erhalten, schon zum Voraus ein schriftliches Bekenntniß über den Empfang des Darlehns ausgestellt hat, und wird der Klage aus dem Darlehn mit der Wirkung entgegengesetzt, daß der Kläger auf andere Art, als durch den in Händen habenden Schuldschein, die wirklich geschehene Numeration beweisen muß[49]). Anfangs war

48) S. Gundlingiana. Stück 40. Nr. II. §. 19. S. 434. f.

49) *L.* 3. *Cod. de non numerata pecunia.* Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis: *exceptione* opposita seu doli seu *non numeratae pecuniae*, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur. — *L.* 5. *Cod. eodem.* Ignorare non debes, *non numeratae pecuniae exceptionem* ibi locum habere, *ubi quasi credita pecunia petitur.* Cum autem *ex praecedente causa debiti* in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit; *sed an iusta causa debiti praecesserit.* S. *Rom.*

war diese Einrede an gar keine Zeit gebunden. Allein, um der Schikane vorzubeugen, fanden es die römischen Gesetzgeber in der Folge für gut, dieselbe in einen gewissen Zeitraum einzuschränken. Zuerst wurde dazu eine Jahresfrist bestimmt. Nachher dehnte man dieselbe auf eine Zeit von fünf Jahren aus[50]). Justinian beschränkte sie zuletzt in einen

Rom. TELLER Diss. de exceptione non numeratae pecuniae. *Lipsiae* 1773. und Meurers Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae auf ihre genuinen Grundsätze zurückgeführt. In desselben jurist. Abhandlungen und Beobachtungen 1. Samml. Leipzig 1780. 2. Aufsatz.

50) Es erhellet dieses aus den Fragmenten des Hermogenianischen Codex bey *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 709. in welchen Tit. 1. *de cauta et nonnumerata pecunia* eine Verordnung unter der Aufschrift: AURELIUS *Alexio* vorkommt, welche folgendergestalt lautet: Ex cautione non numeratae pecuniae non *anni,* sed *quinquennii spatio* deficere, nuper censuimus. Wer der Kaiser AURELIUS sey, dessen in der Inscription gedacht wird, ist zweifelhaft. Schulting c. l. not. 2. hält den *C. Aurelius Valerius Diocletianus* für den Urheber, welcher anfangs allein herrschte, ehe er den Kr. Maximian zum Mitregenten annahm. Von diesen Kaisern wären auch alle übrigen Verordnungen in den Fragmenten des Hermogenianischen Codex. Hierzu komme noch, daß diese Verordnung von Sirmium datirt sey. Dies sey eine Stadt in Panonien, aus welcher mehrere Verordnungen von diesen Kaisern wären erlassen worden; als *L.* 19. *L.* 24. *L.* 25. *C. de pact. L.* 19. *L.* 24. *L.* 39. *Cod. de Transact.* Allein man sehe, was dagegen WALCH in Controv. iur. civ. p. 584. erinnert hat. *Ge. Sam.* MADIHN in Diss. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis non numeratae pecuniae. *Halae* 1760. §. 10. will vielmehr, mit Beziehung auf die *L.* 8. *C. de non num. pecun.* den Kaiser Alexander Severus für den Urheber des Quinquenniums halten. Denn daß auch dieser den Vornamen

einen Zeitraum von zwei Jahren, von Zeit der Ausstellung des Schuldscheins an gerechnet. Nach Ablauf dieser Zeit soll die **exceptio non numeratae pecuniae** nicht mehr Statt finden, sondern die Handschrift so vollkommen wider den Aussteller beweisen, daß er nun, ohne mit einem Gegenbeweis gehört zu werden, schlechterdings zur Bezahlung verurtheilt werden kann. Merkwürdig ist folgende Verordnung des Kaisers Justinian, wenn er *L.* 14. *C. de non num. pecunia*[51]) sagt:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra *quinquennium*, quod antea constitutum erat, *non numeratae pecuniae exceptionem* obiicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius; *sed intra solum biennium continuum*, *ut*, *eo elapso*, *nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit:* his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibus

namen *M. Aurelius* geführt hat, ist bekannt. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist doch wenigstens aus diesem Fragment soviel zu ersehen, daß nicht erst Kr. Honorius jenen fünfjährigen Zeitraum der **exceptio non numeratae pecuniae** vorgeschrieben habe, wie einige wegen *L. un. Cod. Theod. Si certum petatur de chirographis* haben behaupten wollen. Noch ist zu bemerken, daß statt *Ex cautione* mit Schulting richtiger *Exceptionem* zu lesen sey.

51) Auf diese Constitution bezieht sich Justinian §. 2. *I. de Exceptionib.* Es ist wohl nur für einen Druckfehler zu halten, wenn der große *Iacob* Gothofredus in Commentar. ad L. un. Cod. Theod. Si certum petat. Tom. I. pag. 249. sagt: Id *vero quinquennium* triennio *postea mutatum a* Iustiniano.

poribus adiuvabantur, etiam in posterum (*licet biennium pro quinquennio statutum est*) eodem auxilio potituris [52]).

Es ist nun also nach dem neuern römischen Recht auf folgende Art zu unterscheiden, um die Wirkung eines **chirographi** beym Darlehn, und die Natur der **exceptio non numeratae pecuniae** näher kennen zu lernen. Wenn Jemand in einer Handschrift bekennet, Geld oder andere Sachen als ein Darlehn empfangen zu haben, und er wird daraus **actione mutui** belangt, so sind entweder seit der Ausstellung derselben noch keine zwei Jahre verstrichen, oder der Empfänger hat die Handschrift zur Zeit der angestellten Klage schon zwey Jahre ungestört besessen. In dem ersten Fall stellt das Römische Recht das von den allgemeinen Regeln der Beweisführung ganz abweichende Princip auf, daß die Handschrift innerhalb der ersten zwey Jahre wider den Aussteller durchaus nichts beweise, wenn sich derselbe mit der **exceptio non numeratae pecuniae** dagegen schützt. Der Kläger muß also die geschehene Numeration auf andere Art erweisen. Es ist dies als eine ganz besondere Eigenheit dieser Exception zu betrachten, daß, wo die Gesetze solche gestatten, hierin zugleich auch die Be-

52) *Franc.* Balduinus in Iustiniano pag. 16. (edit. d. a. 1596. 8.) ist wegen der Zeit, da diese Constitution promulgirt worden ist, in Verlegenheit. **Huius enim legis subscriptionem, diem et Consulem desideramus**, sagt er. Er vermuthet indessen, sie müsse im zweyten Jahre der Regierung des Kaisers Justinian gegeben worden seyn. Allein in jeder guten Ausgabe des Codex findet sich folgende Subscription: *Dat Calend. Iul. Constantinopoli D. N. Iust. A. II. Cons.* 528. Es kann also über das Zeitalter dieser Verordnung gar kein Zweifel seyn.

Bestimmung liegt, daß der ihr entgegenstehende Schuldschein gegen sie nichts beweise, sondern dessen Inhaber verbunden sey, auf andere Art dieselbe zu entkräften [53]). Daß die Last des Beweises auf den Kläger gewälzt wird, läßt sich zwar leicht erklären. Denn man erwäge, daß die **exceptio non numeratae pecuniae** in der That nichts anders, als eine negative Litiscontestation ist. Die Kaiser Diocletian und Maximian setzen hierin einen Hauptunterschied zwischen der vorgeschützten **exceptio solutionis** und der **exceptio n. n. pec.** wenn sie ***L*. 10. *Cod. de non num. pec.*** sagen:

Asseveratio *debitum solutum contendentis*, temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod *exceptio non numeratae pecuniae* certa die non delata querela prius evanescat: cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem, (*cuius naturali ratione probatio nulla est*) et ob hoc *ad petitorem eius rei necessitatem transferentem*, magna sit differentia.

Allein das ist allerdings etwas Singuläres, daß der Kläger selbst dann beweisen muß, wenn er einen Schuldschein des Beklagten in Händen hat, und daß diese Handschrift binnen zwey Jahren wider den Aussteller nichts beweißt, wenn er gleich den Empfang des eingeklagten Darlehns darin bekannt hat. Offenbar ist dies ein Vorzug jener Einrede, wozu man in dem ganzen Umfange der Beweistheorie ein gleiches Beyspiel vergeblich suchen wird. Die

53) Man vergleiche hier vorzüglich B. W. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts. Marburg 1803. S. 126. ff.

Die Gesetze gehen hier ohne Zweifel von der Vermuthung aus, Mancher könne im Drang seiner Bedürfnisse von demjenigen, bey dem er Hülfe sucht, leicht zur Ausstellung eines Schuldscheins verleitet werden, und nachher doch kein Geld erhalten. Cocceji[54]) erklärt sich hierüber sehr richtig, wenn er sagt: **Quod praesumtio sit contra actorem tum propter avaritiam creditorum, tum propter indigentiam debitorum. Creditor enim, qui pecuniam in potestate habet, non praesumitur, nec solet ante solvere, nisi prius cautio scribatur. Quis enim creditor solvet pecuniam, nisi de eius restitutione plene ipsi cautum sit? et debitor indigentia pecuniae coactus facile quasque avari creditoris conditiones admittit, et ab eo desideratam cautionem ante numerationem emittit. Si ergo debitor fatetur, numeratam esse pecuniam, suspecta fit illa confessio, quippe quae spe numerandi ab indigente debitore avaro creditori facta est.** Es fragt sich aber, ob nicht bey der **exceptio non numeratae pecuniae** zugleich auf die Zeit Rücksicht zu nehmen sey, da die Numeration nach dem Inhalt des Schuldbekenntnisses geschehen seyn soll? Einige[55]) wollen dies wirklich behaupten; sie sagen die **exceptio non numeratae pecuniae** finde nur dann gegen ein **chirographum** Statt, wenn der Aussteller bekennt, das Geld auf die

54) **Iur. civ. controv. h. t. Qu. 22.** Man sehe auch Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Band **Nr. LXXVII. §. 7.** S. 201. ff.

55) Meurer in den jurist. Abhandlungen und Beobachtungen 1. Samml. 2. Aufsatz. 4. Kap. S. 47. und **Thibaut System des Pand. Rechts 3. B. §. 1180.**

die Handschrift erhalten zu haben. Also nur, wenn das chirographum eine zur Zeit seiner Ausstellung geschehen seyn sollende Numeration bescheiniget. Sie falle hingegen weg, wenn die Zahlung in dem Empfangschein, als schon früher geschehen, ausdrücklich angeführt wird. Z. B. wenn die Handschrift so abgefaßt ist: Ich Endesunterzeichneter bekenne, daß mir Titius heute vor einem Jahre **1000** Thlr. baar geliehen habe. Gegen dieses **chirographum** finde keine **exceptio non numeratae pecuniae** Statt. Daß es auf die Zeit der Numeration ankomme, soll

1) aus *L. 5. C. de non num. pecunia* erhellen, wenn es daselbst heißt:

Ignorare autem non debes, *non numeratae pecuniae exceptionem* ibi locum habere, *ubi quasi credita pecunia petitur*. Cum autem *ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur*, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit.

2) *L. 13. C. eodem.* **Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem iudicis possit instruere, quod in alium quenquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protesta-**

testatus est, et in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.

Allein erwägt man, daß sich beym Darlehn durchaus keine andere **causa debiti** gedenken läßt, als welche durch die Numeration begründet wird, so kann wohl der Unterschied, den die angeführten Gesetze bey der **exceptio non numeratae pecuniae** machen, nicht der Verschiedenheit der Zeit zugeschrieben werden, da die Numeration geschehen seyn soll. Nein, nicht darum, weil der Schuldschein das Bekenntniß einer schon vor Ausstellung derselben geschehen seyn sollenden Numeration enthält, fällt die **exceptio non numeratae pecuniae** weg, sondern weil dem Darlehn des Gläubigers ein in der Handschrift besonders angeführtes rechtliches Geschäft vorhergieng, wodurch die Forderung des Gläubigers begründet wurde, darum kann hier von dem weitern Beweis der Numeration nicht mehr die Rede seyn. **Chirographum ex praecedente causa debiti** bedeutet demnach, wie Pfeiffer[56]) ganz richtig sagt, eine solche Verschreibung, wodurch die Leistung einer Schuld bescheiniget wird, die schon vor der actuellen Zahlung rechtsverbindlich existirte. Bezieht sich nun der Gläubiger bey seiner angestellten Klage auf einen solchen Zahlungsschein, und der Beklagte läugnet dessen Inhalt, so ist es klar, daß es hier nur auf die **praecedens causa debendi** ankommt. Auf diesen Fall geht das von den Gesetzen mit der **exceptio non numeratae pecuniae** verknüpfte Privilegium nicht, hiergegen gilt vielmehr der producirte Empfangschein mit voller Beweiskraft: **hoc enim casu promissor suis confessionibus acquiescere debet**, wie ***L.* 13. *C. de***

N.

56) In den angeführten vermischten Aufsätzen S. 144.

N. N. P. sagt. Der Unterschied, welchen die angeführten Gesetze in Bestimmung der Beweiskraft eines **chirographi** machen, besteht also nach einer richtigern Erklärung derselben vielmehr darin. Der Schuldschein enthält entweder weiter nichts, als ein Bekenntniß des Ausstellers, daß die Numeration geschehen sey, worin der Inhaber desselben den Grund seiner Klage gesetzt hat, oder es wird darin bescheiniget, daß ein anderes Geschäft vorausgegangen sey, zu dessen Existenz die Numeration nicht wesentlich nöthig ist, z. E. Mandat, Kauf- oder Pachtcontract; wodurch die Forderung des Gläubigers begründet wurde, über welche von dem Beklagten der Schuldschein ausgestellet worden ist. Nur in dem ersten Falle kann der Beklagte die Einrede der nicht erfolgten Numeration, so lange die gesetzliche Frist von zwey Jahren noch nicht verstrichen ist, mit der Wirkung vorschützen, daß der Kläger den Beweis des Anlehns nicht durch den Schuldschein führen kann, sondern darüber andere Beweise beybringen muß. Denn hier wird rechtlich präsumirt, die Handschrift sey nur auf Hoffnung ausgestellt. In dem andern Falle hingegen beweißt die Handschrift vollkommen gegen den Aussteller, wenn die **causa praecedens** darin deutlich ausgedruckt ist, und der Beklagte kann, wenn er den Inhalt derselben dennoch läugnen sollte, hierüber keinen andern Beweis von dem Kläger verlangen, sondern muß selbst darthun, daß er, des schriftlichen Bekenntnisses ungeachtet, dennoch nichts schuldig sey. Z. B. **A.** hat für den **B.** vermöge erhaltenen Mandats Gelder erhoben. Diese hat ihm **B.** als ein Darlehn zu behalten verstattet. **A.** stellt hierüber eine Handschrift aus, und bekennt darin, **100** fl. für den **B.** vermöge eines erhaltenen Mandats von desselben Schuld-

Schuldner erhoben zu haben, welche ihm **B.** als ein Darlehn zu behalten gestattet habe, und verspricht solche nach einem Jahre zu bezahlen. Klagt nun **B.** nach Ablauf des Jahres gegen den **A.**, so kann hiergegen die Einrede des nicht erhaltenen Geldes nicht vorgeschützt werden, sondern seine Handschrift beweißt vollkommen gegen ihn; und er muß zur Bezahlung condemnirt werden, wofern er nicht sonst eine Einrede z. E. der Simulation, des Irrthums, oder Betrugs u. d. vorzubringen und zu erweisen im Stande ist. Auf diese Einreden zielen ohne Zweifel die Anfangsworte der *L.* 5. *C. de N. N. P.* wo es heißt:

Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potes;

wie Hugo Donellus[57]) ganz richtig bemerkt hat. Zur mehreren Bestärkung meiner Erklärung will ich noch die griechische Uebersetzung von beyden Stellen aus den Basiliken[58]) hinzufügen. In diesen lautet

1) die ***L.* 5. *Cod. de non num. pec.*** folgendermaßen: Τότε ἀντίκειται ἀναργυρία τῷ χειρογράφῳ ὅτε οὕτως γίνεται ὡσανεὶ γενομένης ἀριθμήσεως. ὅτε δὲ τὸ χειρόγραφον ἐξετέθη ὡς εἴ γε ἐν τῷ χειρογράφῳ περὶ προγεγενημένου χρέους ὁμολογήσει, οὐ ζητοῦμεν εἰ τότε ἠριθμήθη, ὅτε ἐχειρογράφησεν, ἀλλ' εἰ ἐξ ἀρχῆς ἐχρεώστησεν. i.e. ***Exceptio non numeratae pecuniae chirographo tunc opponitur, cum ita fit, quasi numeratio secuta sit. Cum autem in chirographo velut ex praecedente causa debitum promittitur, non requirimus, an tunc, cum emis-***

57) Commentar. ad L. 5. C. de non num. pecun. pag. 176.

58) Tom. III. Lib. XXIII. sec. Parte Tit. 1. Constit. 67. et 75. pag. 328. et 330.

emissum est, pecunia numerata sit, sed an ab initio debitor fuerit, qui cavit.

2) *L.* 13. *C. eodem.* Η διάταξις βούλεται τὸν φανερώσαντα ἐν τῇ ὁμολογίᾳ τὰς αἰτίας ἐξ ὧν ἐχρεώστησεν, αὐτὸν βαρεῖσθαι ταῖς ἀποδείξεσιν, ὅτι μὴ χρεωστῶν ἐχειρογράφησεν. i. e. *Constitutio vult, ut, qui causas edixit in confessione sua, propter quas debitum contraxit, probationibus oneretur, quod, cum nihil deberet, chirographum conscripserit.*

Zur Erläuterung dieser Stellen kann noch insonderheit *L.* 11. *Cod. eodem.* dienen. Hier heißt es:

Si *transactionis causa* dare Palladio pecuniam stipulanti spopondisti, exceptione non numeratae pecuniae defendi non potes[59]).

Es war hier über eine Vergleichssumme eine Handschrift ausgestellet worden. Palladius klagt daraus auf die

59) Die Gothofredischen Ausgaben, auch die Leeuwensche nicht ausgenommen, lesen hier, statt POTES, *potest.* Allein diese Leseart giebt dem Gesetz einen ganz unrichtigen Sinn. Denn *potest* müßte ja dann auf Palladium stipulantem gehen, wie auch wirklich Pfeiffer a. a. O. S. 146. Not. i. durch jene unrichtige Leseart des Godofroi verführt, gemeint hat. Die richtigere Leseart *potes* haben alle bessere Ausgaben, als Baudoza, Russard, Charondas und Spangenberg. Die Richtigkeit dieser Leseart bestärken auch die *Basilica,* in welchen Tom. III. Lib. XXIII. P. 2. Tit. 1. Const. 73. pag. 330. die L. 11. folgendergestalt lautet: Ο ἀπὸ διαλύσεως ἐπερωτηθεὶς παρασχεῖν, οὐκ ἀντιτίθησι τὴν τῆς αναργυρίας παραγραφήν. i. e. *Qui transactionis causa dare pecuniam stipulanti spopondit, exceptione non numeratae pecuniae se tueri non potest.*

die Bezahlung derselben. Hiergegen findet die **exceptio non numeratae pecuniae** nicht Statt, weil hier die Schuld nicht durch die Numeration, sondern durch eine **causa debiti praecedens** entstand. Die Handschrift beweißt also vollkommen wider den Aussteller.

Ich habe nun gezeigt, was die Gesetze der **exceptio N. N. P.** für eine Wirkung beylegen, wenn sie gegen ein **chirographum** binnen den ersten zwey Jahren seit der Ausstellung desselben vorgeschützt wird. Ich habe die Gründe angegeben, warum die Gesetze der Handschrift über den Empfang eines Darlehns binnen dieser Zeit alle Beweiskraft entzogen haben. Es ist nun noch der oben angegebene andere Fall übrig, nämlich, wenn aus der Handschrift nach zwey Jahren auf das Darlehn geklagt wird. Hier findet nach dem neueren Römischen Recht die **exceptio non numeratae pecuniae** nicht weiter Statt, wenn gleich der Beklagte den Beweis des Nichtempfangs zu führen bereit wäre. Der Aussteller der Handschrift, so wie auch desselben Erbe muß nun schlechterdings bezahlen, nicht weil er den eingeklagten Gegenstand empfangen hat, nein, davon ist nun keine Frage mehr, sondern weil ihn der Aussteller empfangen zu haben schriftlich versichert hat. Auf solche Art entsteht also aus der Handschrift, wenn solche der Empfänger zwey Jahre ohne Widerspruch des Ausstellers besessen hat, ein neuer **modus obligandi**, welcher in dem System des Römischen Rechts ***litterarum obligatio***, von den Neueren aber ***contractus litteralis*** oder ***chirographarius*** genennt wird. Daß diese Vorstellungsart, welche auch von den meisten Rechtsgelehrten[60]) angenommen

60) Man vergleiche *Io. Zach.* Hartmann Diss. de non putativo contractu litterali. *Kiloniae* 1730. *God. Lud.* Mencken Diss. de

men wird, allerdings gegründet sey, läßt sich aus folgenden Stellen des Römischen Rechts ganz klar erweisen. Am beweisendsten hierüber ist sowohl der bestimmten Darstellung wegen, als weil gerade hierbey der Zweck war, die eigentliche Beschaffenheit der Sache für Anfänger auseinander zu setzen, der Institutionen-Titel *de litterarum obligationibus* Lib. III. Tit. 21. Er lautet folgendergestalt:

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est: de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri[61]), non potest, scriptura obligetur: ut ex ea nascatur

de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipsiae* 1749. *Ge. Sam.* Madihn Diss. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis n. n. p. earumque usu in foris nostris cessante. *Halae* 1760. *Aug. Cornel.* Stockmann Diss. de litterarum obligatione. *Lipsiae* 1782. *Nic. Henr.* Maassen Specim. de contractus litteralis natura. *Altorfii* 1783. *Henr. Gerh.* Schumacher Diss. qua explanatur natura contractus chirographarii iure Rom. et veteri et noviore. *Göttingae* 1787. Außerdem noch *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Quaest. 18. et ad Eundem Emminghaus not. q. Tom. II. pag. 126. sqq. *Arn.* Vinnius in Commentar. ad Tit. I. de literar. obligat. nr. 7. sqq. *Ev.* Otto in Comm. ad eund. Tit. pag. 440. edit. *Harpprechti.* u. Walch Introd. in controvers. iur. civ. pag. 581.

61) So ist unstreitig, statt *quaeri*, zu lesen. Diese richtigere Leseart haben Haloander, Hugo a Porta, und Baptista de Tortis.

tur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

Justinian gedenkt hier zuvörderst des schon lange zu seinen Zeiten zu einer Antiquität herabgesunkenen *contractus nominum*. Worin dieser ältere Litteralcontract bestanden habe, ist ein Problem, bey dessen Auflösung sowohl die größten Rechtsgelehrten, als Philologen von jeher viel Schwierigkeiten gefunden haben [62]). Denn die dar-

62) Man vergleiche *Franc.* Hotoman Commentar. ad Tit. Institut. de litterar. obligat. pag. 351. Graevius in animadvers. ad Ciceron. Oration. pro Roscio Comoedo cap. 5. Tom. I. P. I. pag. 237. Menardus in Observat. ad eand. Orat. Ciceronis pag. 224. Salmasius Lib. de Usuris cap. 6. et de modo usurarum Lib. II. cap. 10. *Desid.* Heraldus Observation. ad ius Attic. Lib. I. cap. 11. *Barn.* Brissonius de Formulis et solemnib. Pop. Rom. Verb. Lib. VI. Nr. CIX. p. 511. Galvanus de Usufructu Cap. XVII. §. 8. pag. 179. sqq. edit. *Tübing. Iac.* Raevardus Varior. Lib. III. c. 1. Gundling Obligatio nominibus facta, itemque litterarum, in *Gundlingianis* P. XL. Nr. 2. pag. 410. und in einer eleganten lateinischen Uebersetzung der Reitzischen Ausgabe von des Theophilus Paraphrasi graeca Institut. Tom. II. Excurs. XVII. pag. 1212. sqq. beigefügt. Heineccii Syntag. Antiquitat. Roman. Lib. III. Tit. 22. §. 1. sqq. *Io. Nepom.* Endres Diss. crit. περὶ τῆς ἔν γραμμασιν ἐνοχης τῶν ἐυρισκομένον Θεοφίλου Αντικηνσωρος. s. de litterarum obligatione Theophili, visiones legitimae. *Wirceburgi* 1778. Emming-

darüber in den Classikern und den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten enthaltenen Winke sind theils zu sparsam, um sich von diesem Contract eine ganz deutliche Idee zu machen; theils scheinen aber auch selbst die Vorstellungsarten der Alten nicht mit einander übereinzustimmen, indem der Litteralcontract, welchen Theophilus beschreibt, ganz von dem verschieden zu seyn scheint, von welchem uns Cicero und andere Classiker Nachricht geben. Diese Widersprüche lassen sich indessen wohl vereinigen, wenn man annimmt, daß der Contract nach Verschiedenheit der Zeiten in mehr als einer Form abgeschlossen worden ist. Wir wollen uns zunächst an den griechischen Paraphrasten halten, welcher, als Mitarbeiter an den Institutionen des Krs. Justinian, wofür man nun wohl diesen Theophilus ohne allen Zweifel halten kann [63]), doch gewiß am besten zu sagen wußte, was Justinian unter der veralteten **obligatio nominum** verstand. Theophilus giebt uns nun in seiner Paraphrase folgenden Aufschluß:

Ἡ δὲ **litteris** τὸ παλαιὸν τοιοῦτον ἐπεδέχετο ὅρον. **Litteris** ἐστὶ, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμε-

MINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 18. not. q. besonders L. Harscher von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien §. 5. in Grolmanns Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts 1. Band S. 324. und von Almendingen über die Rationes domesticae der Römer zu den Zeiten der freien Republic; in dem angeführten Magazin 2. Band S. 178. ff. wo er den *contractus nominis s. litteralis* nach seiner ursprünglichen Beschaffenheit aus dem Institut der rationum domesticarum und des Argentariats vortrefflich erklärt hat.

63) S. *Phil. Bern.* DEGEN Bemerkungen über das Zeitalter und die Institutionen-Paraphrase des Theophilus 2. Absch.

ματιξόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς. Εἰ γάρ τις ἐχρεώστει μοι ἑκατὸν νομίσματα ἀπὸ ἀγορασίας ἢ μισθώσεως ἢ δανείσματος, ἢ ἐπερωτήσεως, (πολλαὶ δὲ τῶν χρεῶν προφάσεις˙) ἠβουλόμην δὲ τοῦτον ὑπεύθυνον ποιῆσαι τῇ litteris ἐνοχῇ, ἀνάγκη ἦν τυπικὰ λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα πρὸς αὐτὸν, ὃν ἔνοχον ἠβουλόμην τῇ litteris ποιῆσαι ἐνοχῇ˙ Ἠν δὲ ταῦτα τὰ ῥήματα, ἅτινα καὶ ἐλέγετο καὶ ἐγράφετο˙ Τοὺς ἑκατὸν χρυσοῦς, οὓς ἐμοὶ ἐξ αἰτίας μισθώσεως χρεωστεῖς, σὺ ἐκ συνθήκης καὶ ὁμολογίας δώσεις τῶν οἰκείων γραμμάτων; εἶτα ἐνεγράφετο, ὢς ἀπὸ τοῦ ἐνόχου ἤδη γενομένου ἐκ τῆς μισθώσεως, ταῦτα τά ῥήματα. Ἐκ τῆς συνθήκης ὀφείλω τῶν οἰκείων γραμμάτων. Καὶ ἡ μὲν προτέρα ἐνοχὴ απεσβέννυτο, καινοτέρα δὲ ἐτίκτετο, τουτέστιν ἡ litteris. ἅυτη τὲ ἐκ τοῦ ἐν γράμμασιν ἔιναι τὴν ὀνομασίαν ἐδέξατο. i. e. *Litterarum* autem *obligatio* olim hanc recipiebat definitionem: *litterarum obligatio* est vetus debitum per verba et scripta solemnia transformatum in novum creditum. Nam si quis centum mihi aureos debebat ex emtione vel locatione, vel mutuo vel stipulatione, (multae autem sunt debitorum causae) egoque hunc vellem litteris obligatum mihi reddere: *necesse erat solemnia verba dicere et scribere ad eum, quem litteris obligare mihi volebam.* Erant autem haec verba, quae et dicebantur et scribebantur: *Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, tu ex conventione et confessione litterarum tuarum dabis?* Deinde adscribebantur, ut ab eo, qui iam ex locatione obligatus esset, haec verba: *Ex conventione debeo litterarum mearum* [64]). Et

64) Ich habe mich hier ganz nach der Reitzischen Ausgabe des Theophilus gerichtet, und daher auch die Reitzische Uebersetzung

prior obligatio extinguebatur, nova autem, id est *litterarum*, nascebatur. Haec vero ex eo, *quod in scriptis consisteret*, adpellationem accepit.

Nach dieser Beschreibung des Theophilus war also die alte *nominum* oder *litterarum obligatio*, deren Justinian in seinen Institutionen, als Antiquität, gedenkt, eine Art von Novation, wodurch eine schon vorhandene Schuldverbindlichkeit, sie mochte aus einem Darlehn, oder Kauf oder sonst aus einem Contract entstanden seyn, mittelst einer mündlich ausgesprochenen Formel aufs neue anerkannt, und diese Formel in einen schriftlichen Aufsatz gebracht wurde, so daß nun die vorige Verbindlichkeit aufgeho-

setzung dieser Stelle wörtlich beybehalten, weil sie mit dem griechischen Text genau übereinstimmt. Ich muß indessen hier bemerken, daß die Ausgabe des Fabrotus von den übrigen abweicht, und, statt der griechischen Worte, folgende lateinische Formeln hat: *Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli? — Expensos mihi tulisti.* Anton Schulting in Iurisprud. Antejustin. pag. 163. Heineccius in Antiquitat. Rom. Lib. III. Tit. 22. §. 4. not. b. und Hofacker in Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2042. not. a. geben der Fabrotischen Ausgabe den Vorzug. Allein Reitz hat in seiner Note zu Theophilus Tom. II. pag. 671. dagegen sehr gründlich erinnert, daß diese Formeln schon darum nicht richtig seyn können, weil es ja ungereimt gewesen wäre, den Schuldner nicht über seine eigene, sondern über die Handlung des Gläubigers zu befragen. Es hätte also, statt jener Formel bey Fabrot, der Gläubiger vielmehr den Schuldner so fragen müssen: *C. aureos — acceptos mihi retulisti?* oder *tibi a me expensos tulisti?* und die Antwort des Schuldners hätte so lauten müssen: *acceptos tibi retuli;* oder *expensos tuli.* Er hat also mit Recht dem griechischen Text den Vorzug gegeben.

gehoben war, und blos aus dem neu errichteten schriftlichen Contract geklagt werden konnte. Theophilus ist zwar von mehreren wegen dieser Vorstellungsart getadelt worden[65]). Salmasius[66]) sagt sogar dem Paraphrasten geradezu ins Gesicht, er habe von der ganzen Sache nichts verstanden; und Hotoman hält das alles für absurd, was Theophilus von der feyerlichen Umschaffung der alten Verbindlichkeit in eine **litterarum obligatio** gesagt hat. Allein Viselius[67]), Schulting[68]) und Salvanus[69]) haben dem griechischen Rechtslehrer alle Gerechtigkeit wiederfahren lassen. Theophilus lebte ja zu einer Zeit, wo ihm alle Hülfsquellen zur Erklärung der Institutionen zu Gebote standen. Wer sollte also wohl glauben, er habe uns täuschen wollen, da er die Schriften eines Cajus, Ulpianus, und der übrigen römischen Rechtsgelehrten, welche damals noch vollständig vorhanden waren, zur Hand hatte, aus denen er ohne Zweifel seine Erklärung geschöpft hat, und aus welchen er sich gewiß richtiger belehren konnte, als diejenigen, welche ihn wegen seiner Erklärung tadeln. Daß der Litteralcontract bey Cicero und andern römischen Classikern in einer andern Form erscheint, als der, welchen Theophilus beschreibt, kann nichts gegen ihn beweisen. Man unterscheide die Zeiten und Sitten der Römer. Ursprünglich stand freylich der **contractus nomi-**

65) Man sehe hier besonders Endres Diss. cit. §. 17 — 19.

66) De usuris cap. 6.

67) ad *Caji* Institut. Lib. II. Tit. 9. §. 12. not. 76. in Schulting Iurisprud. Antejust. pag. 161.

68) Ad eund. *Caji* locum. Ibidem pag. 163.

69) De usufructu Cap. XVII. pag. 180.

nominum, oder die **obligatio litterarum** mit den **rationibus domesticis** in dem genauesten Zusammenhange. Jeder auf bürgerliche Achtung Anspruch machende römische Paterfamilias führte eine genaue Rechenschaft über seine tägliche Einnahme und Ausgabe. Er führte sie für sich und für den Staat zugleich; für den letztern, damit dieser nichts von den Steuern verliere, welche das Gesetz dem Güterbesitzer auferlegte; für sich, damit ihm die Stufe von politischer Wichtigkeit gesichert bleibe, welche ihm der **census** angewiesen hatte. Ueber die tägliche Ausgabe und Einnahme wurde ein Journal, oder, wie wir es auch nennen würden, ein Manual geführt. Diese Annotationen, die nur **memoriae causa** flüchtig niedergeschrieben wurden, hießen ***Adversaria***[70]). Aus dem Inhalte des Manuals wurden von Zeit zu Zeit, vielleicht von einem Monat zum andern, dem Censor beeidigt vorzulegende, einer beständigen Verwahrung im Familienarchiv gewidmete Rechnungen gebildet. Sie hießen ***rationes domesticae***, ***tabulae***, oder ***codices accepti et expensi***[71]). Das

70) Man vergleiche *Andr.* ALCIATI Dispunction. Lib. II. c. 29. et Παρεργῶν iur. civ. Lib. VIII. cap. 7. *Io.* CORASII Miscellan. iur. civ. Lib. I. cap. 18. nr. 4. *Petr.* COSTALII Adversar. P. I. ad L. 1. D. de edendo pag. 91. und *Herm.* VULTEII Disceptat. Scholast. Lib. I. cap. 6. Wie konnte der große Cujaz Observation. Lib. VIII. cap. 15. von sich sagen: *Adversariorum notationem me non satis compertam habere, ingenue confiteor?*

71) CICERO *pro Roscio Comoedo cap.* 2. sagt: Quid est, quod *negligenter* scribamus *adversaria?* Quid est, quod *diligenter* conficiamus *tabulas?* qua de causa? quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sanctae: haec parvi temporis memoriam, *illae perpetuae existimationis*

Das Bedürfniß des Aerariums, über die vollständige Erhebung der Steuern gesichert zu seyn, hatte zwar diese **Tabulae** erzeugt. Allein auch in der Folge, als nach der Beendigung des letzten Macedonischen Krieges dieses Bedürfniß, und alle directe Besteuerung aufhörte, war es dem Staat dennoch nicht gleichgültig, ob **codices accepti et expensi** geführt wurden, oder nicht. Zur Organisirung der Centurien waren sie unentbehrlich. Denn die in den Classen und Centurien jedem Bürger zukommende Stellen wurden nach dem Vermögenszustande bestimmt. Jeder Bürger war daher gleichsam als Mitregent des Staats berufen, ein guter Haushalter zu seyn, und, daß er es sey, durch seine **codices accepti et expensi** zu beweisen. Der durch diese **Tabulae** festgesetzte Zustand seines Vermögens, — das Resultat der dem Staat über die Verwaltung desselben abgelegten Rechenschaft, — wurde in das vom Censor geführte Vermögens-Kataster (**tabulae censuales**) eingetragen, und so wurden dann die Documente seiner Häuslichkeit im Staatsarchiv (**Tabularium**) verewigt[72]). Wer bey dem **census lustralis** mit seiner Hausrechnung nicht bestand, entgieng der **notae censoriae** nicht[73]). Die Folgen dieses Instituts für das Privatrecht waren sehr wichtig. Denn die **tabulae** sicherten den Beweis von rechtlichen

tionis fidem et religionem amplectuntur: haec sunt dejecta, illae in ordinem confectae.

72) Vergl. *Io. God.* Richter lib. de tabulariis urbis Romae. *Lipsiae* 1736. Cap. 2.

73) Cicero *in Verrem* Lib. I. cap. 23. Nur der filiusfamilias, selbst wenn er ein peculium gehabt hätte, hatte keine tabulae aufzustellen. Cicero *pro M. Coelio* cap. 7. sagt: Tabulas, *qui in patris potestate est*, nullus confecit.

chen Verhältnissen und Geschäften[74]). Ihr Inhalt erhielt eine gerichtliche Glaubwürdigkeit, auf welche die **Adversaria** keinen Anspruch hatten[75]). Sie mußten ja bey jedesmaliger Schatzung beschworen werden[76]); und enthielten daher, wie Cicero sich ausdrückt, **perpetuae existimationis fidem et religionem.** Hieraus erklärt sich nun auch die ursprüngliche Form des veralteten **contractus nominum.** Der Gläubiger zeichnete den Vorschuß, welchen er seinem Mitbürger an Geld oder anderen Sachen geleistet hatte, in seine **tabulae** auf den Namen des Schuldners, als ein **expensum**, ein; der Schuldner erkannte ihn dagegen in seinen **tabulis** auf den Namen des Gläubigers, als ein **acceptum**, an. Indem nun ein Theil in seiner auf Pflicht und Gewissen geführten häuslichen Rechnung den andern schriftlich als Schuldner erkannte, der andere aber in gleichem Augenblick in seiner eben so pflichtmäßig geführten häuslichen Rechnung sich schriftlich zum Schuldner bekannte, war der *contractus nominis* geschlossen; und diese Art zu creditiren hieß

74) Cicero rühmt deren Nutzen selbst in *Orat. pro Cluentio* c. 30. wenn er sagt: Confecit Cluentius tabulas diligentissime. *Haec autem res habet hoc certe, ut nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere.*

75) Cicero *pro Roscio Comoedo cap.* 3. Adversaria in iudicium protulit nemo; *codicem protulit; tabulas recitavit.* Tu, C. Piso, tali fide, virtute, gravitate, auctoritate ornatus, ex adversariis pecuniam petere non auderes.

76) Dionys. Halicarnass. *Antiquitat. Rom.* Lib. IV. p. 221. *Car.* Sigonius de antiquo iure civ. Rom. Lib. I. c. 14. *Onuphr.* Panvinius de civitate Rom. cap. 52. *Iust.* Lipsius de magistrat. Rom. cap. 18. und Endres in Diss. cit. §. 8. pag. 24.

hieß *Expensilatio*[77]). Klagte nun der Gläubiger aus einem solchen Contract, so begründete und beurkundete er die Klage zugleich durch Darlegung seines **codex accepti et expensi.** Seine in seiner eigenen Sache verfertigte Urkunde würde freylich nichts bewiesen haben, wenn der Gegner seine **tabulae** ebenfalls aufgelegt, und das Stillschweigen derselben über den behaupteten Contract nachgewiesen hätte[78]). Allein dann hatte auch der eine oder der andere Theil sich eines infamirenden **dolus** schuldig gemacht, und bürgerliche Schande war seine Strafe[79]). Die Uebereinstimmung der gegen einander gehaltenen **tabulae** der Contrahenten, worauf sich das *expensum ferre alicui*, und das *acceptum referre* bezog, machte also bey diesem Contract die **causa civilis** aus, wodurch die *obligatio litterarum* ursprünglich erzeugt wurde[80]). In der Folge gab es

77) Cicero *pro Roscio Comoedo* cap. 5. und Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XIV. cap. 2. Vergleiche hier vorzüglich von Almendingen über die rationes domesticae der Römer; in Grolmans Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung. 2. Band. S. 178. ff.

78) Cicero *pro Rosc. Comoedo cap.* 1. Quodsi ille *(Fannius)* suas proferet tabulas, proferet suas quoque *Roscius.* Erit in illius tabulis hoc nomen; at in huius non erit. Cur potius illius, quam huius credetur? Scripsisset ille, si non iussu huius expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri iussisset?

79) Cicero *c. l.* Quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur: sic improbum est, non referre, quod debeas. Aeque enim tabulae condemnantur eius, qui verum non retulit: et eius, qui falsum perscripsit.

80) Anderer Meinung ist zwar Madihn in Diss. de vera indole litterar. obligationis §. 4. auch Maassen läugnet in Diss. de con-

es zwar keine **rationes domesticae** mehr. Sie hörten auf, nachdem keine Comitien mehr gehalten wurden. Denn nun fiel das öffentliche Interesse weg, welches den römischen Bürger zur Zeit des Freystaats an die genaue Führung seiner **rationum domesticarum** fesselte. Das Privatinteresse hingegen mußte den größten Theil der Nation zur stillschweigenden Aufhebung dieses Instituts bestimmen, weil diese nämlichen **tabulae** oft der Verräther von Familiengeheimnissen waren; ihrem Eigenthümer die **nota censoria** zuziehen konnten; ja selbst bey Anklagen häufiger Be-

contractus litt. natura. §. 3. daß aus der alten Expensilation eine litterarum obligatio hergeleitet werden könne, weil nicht die Scriptur, sondern die Numeration die causa civilis des contractus nominum gewesen sey, und der codex expensi et accepti blos zum Beweis gedient habe. Allein man irrt sich, wenn man die in dem codex expensi et accepti aufgewiesene mit dem acceptum relatum des Schuldners nothwendig verbundene Expensilation für den bloßen Beweis des contractus nominum halten will. Es fällt hier, wie bey unserm Wechselgeschäft, die Urkunde mit dem Beurkundeten zusammen. Die Expensilation, so wie sie aus den tabulis des Gläubigers und des Schuldners hervorgieng, war nichts anders, als der Contract selbst, der in und mit der Urkunde existirte. Cicero *in Orat. pro Rosc. Comoedo* cap. 5. unterscheidet genau zwischen *numeratio*, und *expensilatio*, und legt der letzten gleiche Wirkung mit der Stipulation bey. Iam duae partes causae sunt confectae: *adnumerasse* sese negat: *expensum tulisse* non dicit, *cum tabulas non recitat*. Reliquum est, ut *stipulatum* se esse dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. — *Pecunia petita est certa*. — Haec pecunia necesse est aut *data*, aut *expensa lata*, aut *stipulata* sit. S. von Almendingen a. a. O. des Magazins 2. B. S. 216. Not. 60.

Beweise der Schuld, als der Unschuld lieferten[81]). Daß dem wirklich so sey, sagt uns sehr bestimmt der unverwerfliche Zeuge Asconius Pädianus[82]). Deswegen lebte aber der **contractus nominum** doch noch in andern Formen fort. Denn die Form dieses Contracts war nicht nothwendig an die **codices accepti et expensi** des Gläubigers und des Schuldners gebunden. Der Contract konnte in einer eben so rechtsgültigen Form in den **tabulis** eines andern, oder mehrerer anderer, die man, um recht sicher zu gehen, als Zeugen hinzuzog, oder in dem **codex** gemeinschaftlicher Freunde, oder eines oder mehrerer Unterhändler (**pararii**), durch welche das ganze Geschäft zu Stande gekommen war, vorhanden seyn[83]). Mochten nun auch im-

81) Wie wichtig das Institut der tabulae accepti et expensi bey Criminaluntersuchungen gewesen sey, hat H. von Almendingen a. a. O. S. 183. ff. vortrefflich ausgeführt.

82) Ad *Ciceronem in Verrem Lib. I. cap.* 23. Moris fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, ex quo appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore, lucrove seposuisset quoque die, et quid item sumtus damnive fecisset. *Sed postquam obsignandis litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit.*

83) Seneca *de Benefic. Lib. III. cap.* 15. Adhibentur ex utraque parte testes. *Ille per tabulas plurium nomina, interpositis parariis, facit.* O turpem humano generi fraudis ac nequitiae publicae confessionem! Man sieht aus dieser Aeußerung des Philosophen, daß die Partheyen auch durch wechselseitiges Mißtrauen zu der Uebereinkunft bestimmt werden konnten, das Geschäft durch fremde tabulas beurkunden zu lassen. Hieher gehört auch die Stelle des Cicero *ad Atticum Lib. IV. Ep.* 17. Haec pactio non verbis, *sed nominibus et perscriptionibus multorum*

immerhin die Contrahenten keine eignen **tabulae** mehr führen, und aus diesen **tabulis** keinen **contractus nominis** mehr klagbar machen können, so halfen sie sich durch fremde **tabulae**. In der That hatte auch hier der Kläger weniger zu besorgen, als wenn der Contract aus eignen **tabulis** producirt wurde. Denn durch seine **tabulae** und durch die in diesen befindliche Expensilation konnte er nichts beweisen, wenn das auf diese Expensilation sich beziehende **acceptum relatum** in den **tabulis** des Schuldners fehlte [84]). Legte er dagegen die **Tabulae** eines Dritten auf, so mußte erst dieser Dritte als erkaufter Betrüger überwiesen seyn, wenn der Beklagte deswegen hätte freygesprochen werden sollen, weil sich in seinen **tabulis** das **acceptum relatum** nicht vorfand [85]). Zuweilen ließ man auch noch zu mehrerer Sicherheit die **tabulae** sowohl von dem Schuldner als von den Zeugen unterzeichnen und besiegeln [86]). Durch die

torum tabulis cum esse facta diceretur, prolata a Memmio est. Auf diese Sitte zielt Seneca noch an einem andern Orte, wenn er *de Benef.* Lib. II. cap. 13. sagt: Quidam nolunt *nomina secum fieri*, nec *interponi pararios*, nec *signatores advocari*, nec chirographum dare.

84) Cicero *pro Roscio Comoedo* cap. 2. sagt in dieser Hinsicht: *Suum codicem testis loco recitare*, *arrogantiae est.*

85) Cicero *pro Rosc. Comoedo* cap. 1. Solent fere dicere, qui *per tabulas hominis acciti* (so ist nach Grävius, statt der gemeinen Leseart *hominis citi* zu lesen, von acciere, hinzurufen, hinzuziehen, andere lesen *hominis alieni*, andere *honesti*) pecuniam expensam tulerunt: *Egone talem virum corrumpere potui*, *ut mea causa falsa in codicem referret?*

86) Cicero spielt hierauf an, wenn er *Tusculanar. Disputat.* Lib. V. cap. 11. sagt: Tu quidem *tabulis obsignatis* agis mecum.

Meh-

die **rationes publicae** der Argentarien wurden jedoch alle diese Weitläuftigkeiten und Cautelen entbehrlich. In diesen dauerte der **contractus nominis** fort, wenn er schon in seiner ursprünglichen Form mit den **rationibus domesticis** verschwunden war [87]). Die Argentarien waren nämlich diejenigen Personen, welche die Banken der Römer hielten [88]). Sie kommen schon im sechsten Jahrhundert vor [89]), und hatten ihren Namen daher, weil ihr Hauptgeschäft auf Einnahme und Auszahlung von baarem Gelde gieng [90]). Man nannte sie auch vom Halten der Bank (**exercitium mensae**) ***Mensularii*** oder ***Mensarii***, ***Mensae exercitores*** [91]), und weil sie sich auf das Schätzen und Prüfen der verschiedenen Münzsorten verstanden, und die Münzen gegen Agio umsetzten, ***Nummularii*** und ***Collybistae***

Mehrere Stellen führt **Hotoman in Commentar. ad Tit. Instit. de litterarum obligat pag. 352.** an, und zieht daraus die richtige Folge, *tum demum obligationis nominum vim fuisse vel maximam, cum a reo tabulae obsignarentur.* Man sehe auch **Endres Diss. cit. de litterarum obligatione §. 10.**

87) S. **Gundlingiana** Stück **XL. Nr. 2. §. 17.** und von Almendingen in dem Grolmanschen Magazin **2.** Band S. **217.** ff.

88) Man vergleiche hier vorzüglich *Herm.* **Hubert Disp. I. et II. de argentariis veterum.** *Trajecti ad Rhen.* **1739** *et* **1740.** (in *Ger.* **Oelrichs** *Thes. Dissertation. Belgicar.* **Vol. II. Tom. I. Nr. 1. et 2.**) und von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien, in Grolmans Magazin **1.** Band S. **319.** ff.

89) **Polybius Lib. XXXII. c. 13.**

90) **Brissonius de Verb. Sign. h. v.**

91) *L.* **47.** §. **1.** *D. de pact. L.* **24.** §. **2.** *D. de reb. auct. iud. possid.* **Sueton** *in Aug. c.* **4.** *L.* **4.** *D. de edendo.*

bistae[92]). Diese Argentarien standen unter einer besondern Aufsicht des Staats[93]). Ihr Geschäft war daher ein öffentliches Geschäft, bey dessen richtiger Verwaltung das ganze Publikum interessirt war[94]). Ihnen vertraute der Kapitalist sein Geld an, und sie sorgten für die Unterbringung desselben. An sie wandte sich der Geldbedürftige, und sie verschafften ihm unter billigen Bedingungen ein Darlehn. Durch ihre Dazwischenkunft konnte der Gläubiger gegen die Gefahr, es mit unsichern Schuldnern aufnehmen zu müssen, gedeckt, und der hülfsbedürftige Schuldner gegen die, sich jeden Bedingungen des Gläubigers unterwerfen zu müssen, gesichert werden. Sie mußten aber über alle ihre Geschäfte ein genaues Verzeichniß führen, und darüber genaue Rechenschaft ablegen[95]). Dazu hielten sie ihre Bücher, (codices rationum) worin jeder Empfang, jede Ausgabe nach Tag und Datum verzeichnet war[96]). Durch die Strenge der Polizeyaufsicht, und durch die Genauigkeit, mit welcher diese Bücher geführt wurden, erhoben

92) *Collybistae* sagt ZONARAS bey CUJACIUS Lib. X. Obs. 14. sunt, qui minuta numismata vendunt vel nummos. COLLYBUS enim Graecis *minutum numisma*, quod Romanis *nummus* vocatur.

93) *L.* 1. §. 9. *D. de officio praef. urbi.* Curare debet Praefectus urbi, et *nummularii* probe se agant circa omne negotium suum: et temperent his, quae sunt prohibita.

94) *L.* 10. §. 1. *D. de edendo.* Officium argentariorum et ministerium eorum *publicam habet causam.*

95) *L. cit.* 10. §. 1. sagt: Haec principalis eorum opera est, *ut actus sui rationes diligenter conficiant.*

96) PLINIUS *Histor. natur.* Lib. II. cap. 7. CICERO *pro Caecinna* cap. 6. Se autem habere *argentarii tabulas*, in quibus sibi expensa pecunia lata sit, acceptaque relata.

ben sie sich zur Würde öffentlicher Urkunden[97]). Daher **mensae scriptura** den vollgütigsten Beweis gab[98]). Jedes von einem Argentarius geführte Geschäft, wenn es im **codex rationum** eingetragen, und jedem Interessenten eine Abschrift davon zugestellt worden, ward dadurch zum **negotium stricti iuris**, und es mußte dabey sein Bewenden haben, wenn auch sonst kein Geschäft bewiesen werden konnte. Hierdurch ward nun auch die **obligatio nominum** contrahirt. Der Litteralcontract war also jetzt nichts anders, als ein durch Dazwischenkunft des **argentarius** schriftlich geschlossenes, im **codex rationum** eingetragenes Geschäft, zu dessen Beglaubigung jedem Theile eine Abschrift zugestellet worden[99]).

Der Argentarius erscheint hier nicht als bloßer Unterhändler. Er war selbst bey dem Geschäft ein wesentlicher Theilnehmer. Er contrahirte mit dem Schuldner; ihm ward die Bezahlung versprochen. An ihn hielt sich aber auch der Kapitalist, der sein Vermögen der Bank anvertrauet hatte. Er schloß also, als Repräsentant beyder Theile, den **contractus nominis** auf gewisse Art mit sich selbst ab[100]). Seine Dazwischenkunft wirkte Bündigkeit und Gewißheit. Das Argentariat dauert bis auf Justinians

97) *L.* 24. §. 2. *D. de reb. auct. iud. possid.* **Qui pecunias apud mensam**, *fidem publicam secuti*, **deposuerunt.**

98) *L.* 27. §. 1. *D. de furtis.*

99) S. von Almendingen in Grolmans Magazin 1. Band S. 324. ff. u. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 172. der zweyten Auflage.

100) S. v. Almendingen in Grolmans Magazin 1. Bd. S. 325. und 2. Band S. 217. u. 218.

nians Zeiten, und noch späterhin fort. Justinian, von dem großen Nutzen dieser Anstalt überzeugt, widmete ihm eigene Novellen und Edicte[1]), worin er vieles zum Vortheil der Argentarien verordnete, weil er sie *propter ingens studium, quod argentarii in communes contractus* (περὶ τὰ κοινὰ συμβόλαια) *collocant, Nov.* **136.** *cap.* **1.** heißt, einer solchen Begünstigung vorzüglich würdig hielt[2]). Allein gerade daraus haben manche[3]) einen Beweis hernehmen wollen, daß der **contractus nominum** mit dem Argentariat in keiner Verbindung gestanden habe, weil sonst Justinian in seinen Institutionen nicht hätte sagen können, daß dieser Contract zu seinen Zeiten außer Gebrauch gekommen sey. Wie wenig aber dieses Argument beweise, hat schon Gundling[4]) gezeigt. Daß Justinian von demjenigen Litteralcontract, welcher **per scripturam mensae** geschlossen wurde, gar nicht rede, lehrt ja Theophilus, gewiß der beste Ausleger Justinians, in seiner Paraphrase deutlich genug. Unverkennbar zielt hingegen Paulus auf die **scriptura mensae**, wenn er *L.* **38** *D. de obligat. et act.* sagt: **Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur: quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis signi-**

1) *Nov.* 136. *et Edict.* 7. *et* 9.

2) Von den besondern Rechten und Privilegien der Argentarien handelt vorzüglich Hubert Diss. II. de argentariis veterum Cap. 2. in Oelrichs *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. 1. pag. 120. sq.

3) Salmasius de Usuris. Cap. VI. pag. 145. (edit. *Lugd. Batavor.* 1638. 8.) Maassen in Specim. de contractus litteralis natura. §. 2. u. a.

4) Gundlingiana Stück XL. Nr. 2. §. 17. S. 432. ff.

significaretur. Denn Paulus handelt *Libro III. ad Edictum*, woraus dieses Fragment genommen ist, von dem Edict des Prätors **de edendo**, wodurch er den Argentarien die Verbindlichkeit zur Edition ihrer Bücher und Rechnungen auflegt, und jedem dabey interessirten Theil das Recht giebt, dieselbe zu verlangen, wie aus *L.* 2. *L.* 5. und *L.* 7. *D. de edendo* erhellet, welche, wie Edmund Merillius [5]) ganz richtig bemerkt, mit jener *L.* 38. *D. de obligat. et act.* zu verbinden sind. Wie wenig Justinian, wenn er in dem oben angeführten Titel seiner Institutionen *de litterarum obligationibus* von einer zu seinen Zeiten veralteten **obligatio nominum** spricht, diejenige gemeint haben könne, welche durch Dazwischenkunft eines Argentarius geschieht, erhellet daraus, weil er in der *Nov.* 136. *cap.* 5. *et* 6. verordnet, daß dem Argentarius keine **exceptio non numeratae pecuniae** entgegengesetzt werden solle. Konnte er denn auf eine eclatantere Art erklären, daß die **scriptura mensae** ein wahrer und noch jetzt gültiger Litteralcontract sey [6])? Es kann also wohl der zu Justinians Zeiten zu einer Antiquität herabgesunkene **contractus nominum** kein anderer gewesen seyn, als den Theophilus beschreibt, und welcher sich ohne Zweifel aus der alten **obligatio litterarum** gebildet hatte, die zu Ciceros Zeiten galt. Schon hundert Jahre später konnte dieser Contract nicht mehr in der Gestalt geschlossen werden, in

5) Commentar. ad Institut. Tit. de litterar. obligat. pag. 362. (edit. *Trotz* Trajecti *ad Rhen.* 1739.) Man vergleiche auch *Ian. a* Costa Commentar. ad §. 2. Institut. de obligat. pag. 399.

6) S. *Iac.* Cujacii Exposit. Nov. 136. und Endres Diss. cit. de litterarum obligatione. §. 5.

in welcher er bey Cicero erscheint. Denn jetzt gab es keine **rationes domesticae** mehr. Aber darum lebte der Contract doch noch sowohl in den Rechnungen der Argentarien, als in einer andern Form fort. Denn die Form des **contractus nominis** war, wie bereits oben bemerkt worden, nicht nothwendig an die **codices accepti et expensi** des Gläubigers und des Schuldners gebunden, so genau er auch ursprünglich, wie es scheint, damit zusammenhing. Die Kaiser Arcadius, Honorius und Theodosius [7]) geben uns einen wichtigen Beweis, wie gewöhnlich es zu ihren Zeiten gewesen seyn müsse, eine Schuld, sie mochte aus einem Darlehn oder aus irgend einem andern Contract herrühren, mittelst eines schriftlichen Aufsatzes in eine **obligatio litterarum** zu verwandeln, wenn sie sagen: **Si quis** ***debiti, quod ex foenore, vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione, translatum est,*** **seu fideicommissi dirigat actionem, — ruptis denunciationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere, ac suas allegationes iubeatur proponere.** Ein solcher schriftlicher Aufsatz, welcher die feyerliche Anerkennung der Schuld enthielt, hieß ***Syngrapha***, weil er, wie Asconius Pädianus [8]) sagt, von beyden Theilen, dem Schuldner und Gläubiger, unterschrieben wurde, auch jeder Theil ein Exemplar erhielt. Daß man sich dabey

7) *L. 6. Cod. Theod. de denunc. et edit. rescripti.*

8) *Ad Ciceronem in Verrem Lib. I. cap.* 36. bey Graevius Oration. Ciceron. Tom. I. P. I. p. 494. Caeterae tabulae ab una parte servari solent; *syngraphae, signatae utriusque manu, utrique parti servandae traduntur.*

bey einer, der Stipulation ähnlichen, Formel bedient habe, welche dem schriftlichen Aufsatz einverleibt wurde, lehrt Theophilus. Es erhellet dies auch aus dem Beyspiel einer solchen Schuldverschreibung, welches Paulus[9]) anführt. Daher wurde auch die aus dem Geschäft entspringende Klage *actio ex chirographo ex stipulatu*[10]) genennt. Aus einer solchen cautio entstand nun eine so strenge Verbindlichkeit, daß der Gläubiger daraus klagen, und gewinnen konnte, wenn gleich der Aussteller derselben kein Geld erhalten hatte, wie Asconius[11]) uns ebenfalls ganz bestimmt sagt. Noch verdient hier eine Stelle aus den Fragmenten des Cajus einen Platz. Sie unterstützt die Lehre des Theophilus, und beweißt, daß die **litterarum obligatio** eben so, wie die Stipulation, das gemeine Mittel

9) *L.* 40. *D. de reb. credit.* Lecta est in auditorio *Aemilii Papiniani*, Praefecti praetorio, ICti, cautio huiusmodi: *Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua, numerata mihi de domo: et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est P. Maevius, spopondi ego Lucius Titius.* Man vergleiche über diese Stelle *Corn. van* BYNKERSHOEK ad L. Lecta 40. Dig. de reb. credit. Liber sing. *Lugduni Batav.* 1699. 8.

10) *L.* 17. *pr. D. de doli mali et met. except.*

11) Cit. loc. In *syngraphis* etiam contra fidem veritatis pactio venit, *et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum.* Der Prätor gab jedoch der Billigkeit wegen die exceptio doli mali, wenn der Beklagte beweisen konnte, daß er kein Geld erhalten habe. §. 2. *I. de exceptionib. L.* 2. §. 3. *L.* 4. §. 16. *D. de doli mali et met. except.* S. *Ev.* OTTO Comment. ad Tit. Institut. de litt. obligat. nr. 7. et 8. und HUBERT Diss. II. de argentariis veter. Cap. V. §. 2.

gewesen sey, Verbindlichkeiten durch Novation zu begründen und zu bekräftigen. So wie wir sie jetzt aus Anians Ueberbleibseln haben, scheint sie freylich sehr interpolirt zu seyn, Theophilus aber hat sie gewiß noch unverfälscht benutzt. Sie ist aus des Cajus Institutionen **Lib. II. Tit. 9. §. 12.** wo sie uns Anian bey Schulting[12]) auf folgende Art hinterlassen hat: ***Litteris obligatio* fit, aut a re in personam, aut a persona in personam. *A re in personam*, veluti si id, quod ex emtione aut conductione, aut societate debes, alii reddas. *A persona in personam*, velut si id, quod mihi alter debet, alteri personae delegem, ut reddere debeat.** Ich übergehe die bey dieser Stelle versuchten Emendationen eines Oiselius und Schultings[13]). Schimmert die Wahrheit auch gleich nur durch einen Nebel, so bleibt doch immer diese Stelle zur Vertheidigung des Theophilus ein schätzbares Fragment. Aus dem allen läßt sich nun begreifen, warum aus einer blossen Handschrift nicht geklagt werden konnte, welche die Form einer **litterarum obligatio** nicht hatte, sondern dem Kläger immer der Beweis der Numeration zur Last fiel, wenn der Beklagte die **exceptio non numeratae pecuniae** entgegensetzte. Wir lernen aber auch hier die Gründe kennen, warum es nöthig war, diese Exception in einen bestimmten Zeitraum einzuschränken, und wie der neue Litteralcontract sich schon vor Justinian bildete, wodurch die **nominum obligatio**, die durch eine schriftliche Förmlichkeit errichtet wurde, zur Antiquität herabsank. So billig es nämlich auf der einen Seite schien, für bedrängte Schuldner

12) **In Iurisprud. antejustin. pag. 160. sqq.**

13) **Cit. loc. pag. 161. et 163.**

ner zu sorgen, die vielleicht oft aus Noth sich bewegen ließen, einen Schuldschein auszustellen, ohne noch dessen Gegenstand wirklich erhalten zu haben, und so gerecht in dieser Hinsicht das Rechtsmittel der **exceptio non numeratae pecuniae** war; so ungerecht hätte die Gesetzgebung auf der andern Seite gegen den Gläubiger gehandelt, der das Geld wirklich gezahlt hatte, wenn er nun noch erst nach Jahren, wo er die Schuld zurückverlangt, sich einer Beweisführung hätte unterziehen sollen, wozu die Mittel, die früher zur Unterstützung seiner Forderung dienen konnten, ihm nun vielleicht nicht mehr offen stehen. Um also einem solchen Gläubiger nicht auch das letzte noch abzuschneiden, was vielleicht einzig ihm bisher zur Sicherheit übrig blieb, bestimmten die neuern Gesetze peremtorisch einen Zeitraum, nach dessen Ablauf die **exceptio non numeratae pecuniae** nicht mehr Statt haben, sondern der Schuldner zur Bezahlung des Geldes sollte verurtheilt werden können, dessen Empfang er schriftlich bekannt hätte. Ich muß mich hier abermals auf den Theophilus berufen. Denn niemand hat die Gründe dieses neuen Litteralcontracts so vollständig dargelegt, als dieser griechische Paraphrast. Er fährt nämlich, nachdem er seine Idee von dem veralteten Litteralcontract niedergelegt hatte, auf folgende Art in seiner Belehrung fort.

Σήμερον δὲ ταῦτα οὐκ ἔστιν ἐν χρήσει· ἔστι δὲ εὑρεῖν, ἔι τις ἀκριβέστερον κατανοήσει, καὶ σήμερον πολιτευομένην τὴν **litteris** *ἐνοχὴν καθ᾽ ἕτερον σχῆμα. Εἰ γάρ τις βουλόμενος δανείσασθαι παρ᾽ ἐμοῦ διαλεχθῇ μοι περὶ τούτου, ἐγὼ δὲ ἐπέτρεψα αὐτόν ποιῆσαί μοι γραμματεῖον, καὶ δὴ καθ᾽ ἑαυτὸν οὐ παρόντος ἐμοῦ τὸ γραμματεῖον ἐποίησεν, ἐν ᾧ εἶπεν, ὅτι* Εδα-*νεισάμην ἐγὼ κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρὰ τοῦδε,*

καὶ

καὶ ταῦτα ἐποφείλω· ἐπερώτησις δὲ οὐκ ἐνετέθη, ἤγουν καὶ ἐντεθεῖσα ἄχρηστος ἦν, διὰ τὸ γεγενῆσθαι τὸ τοιοῦτον συμβόλαιον οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος. Ἐνταῦθα χρόνου παραδραμόντος πολλοῦ ζητεῖται, εἰ δυνατὸν ἐνάγεσθαι τὸν τὸ εἰρημένον ἐκθέμενον γραμματεῖον; καὶ λέγομεν ὅτι οὐδὲ ἀπὸ τῆς re δυνατὸν ἐναχθῆναι τὸ παρὸν πρόσωπον, οὐ γάρ γέγονεν ἀπαρίθμησις, οὐδὲ ἀπὸ τῆς verbis, ἐπειδὴ μὴ παρόντων τῶν δύο μερῶν γέγονεν ἡ ἐπερώτηστις, ἢ αὐτὸ τοῦτο οὐδὲ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις· λείπεται οὖν ἀπὸ μόνων τῶν γραμμάτων ἔνοχον αὐτὸν γενέσθαι. καὶ ἰδοὺ, ποτὲ καί σήμερον γίνεταί τις ἔνοχος τῇ litteris.

Ὁ δὲ πολὺς χρόνος πάλαι μὲν εἰς τὴν πενταετίαν περιεστήκει· μετὰ γὰρ τοῦτον τὸν χρόνον οὐκ ἦν ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴν, τουτέστι τὴν non numeratae pecuniae, καὶ λέγειν τῷ δανειστῇ, Δεῖξον ὅτι ἀπηρίθμησας· τοῦτο γὰρ πολλαῖς βασιλέων εἴρηται διατάξεσιν. Ἐπειδὴ δὲ τοῦτο δυσχερὲς ἦν τοῖς κρεδίτωρσιν, ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς, ἵνα μὴ πολλοῦ παραδραμόντος χρόνου, τουτέστι τριετίας ἢ τετραετίας, μετὰ τοσοῦτον χρόνον οἱ κρεδίτωρες ἀπαιτουμενοι ἀποδεικνύειν, ὡς ὅτι ταῦτα ἀληθῆ ἐστι, διὰ τὸ μῆκος τοῦ παρελθόντος χρόνου εἰς δυσχέρειαν τῶν ἀποδείξεων ἐμπίπτοιειν, καὶ ἐντεῦθεν τῶν οἰκείων στεροῖντο χρημάτων, διάταξιν ἐποίησεν, ἥτις πὴν πενταετίαν εἰς διετίαν περιέστησεν· ὥστε οὖν ἔισω τούτου τοῦ χρόνου καλῶς ἡ τοιαύτη ἀντιτεθήσεται παραγραφὴ, μετὰ δὲ τὴν διετίαν οὐδὲ ὅλως.

Das heißt nach der Reitzischen Uebersetzung:

Sed haec hodie non sunt in usu. Invenire tamen licet, si quis curatius consideret, et hodie litterarum obligationem usurpari sub alia forma. Nam si quis a me mutuari cupiens, ea de re mihi locutus sit, egoque ei concesserim, ut mihi cautionem scriberet; atque is solus me non praesente cautionem scripserit,

in

in qua dicat: Ego mutuatus sum hodierno die ab illo, eaque debeo; sed stipulatio non inserta sit, aut inserta etiam inutilis sit, quia huiusmodi instrumentum factum est non praesente creditore. Hinc multo elapso tempore quaeritur, an conveniri possit, qui dictam cautionem emisit; et dicimus, neque ex obligatione re contracta hanc personam conveniri posse, neque enim numeratio facta est; neque ex verborum obligatione, quoniam non praesentibus ambabus partibus stipulatio facta est, aut nec ulla omnino facta est stipulatio. Restat igitur, ex solis eum litteris obligari. Et ecce, interdum et hodie aliquis obligatur litteris.

Multum autem tempus olim quidem intra quinquennium constitit: nam post hoc tempus non licebat opponere exceptionem non acceptae, id est, non numeratae pecuniae, et dicere creditori: Probate numerasse: hoc enim multis Imperatorum constitutionibus cautum est. Quoniam autem hoc creditoribus difficile erat, Imperator noster, ut ne multo elapso tempore, id est, triennio aut quadriennio, creditores post tantum temporis probare iussi, haec esse vera, propter longitudinem elapsi temporis in difficultatem probationum inciderent, atque exinde pecuniis suis spoliarentur, constitutionem fecit, quae quinquennium intra biennium conclusit. Itaque intra hoc tempus huiusmodi exceptio recte opponetur: post biennium autem nequaquam.

Einen ferneren Beweis, daß unsere Ansicht des neuen Litteralcontracts dem Römischen Recht vollkommen gemäß sey, giebt eine schon ältere Verordnung des Krs. Severus

L. 8.

L. 8. Cod. de non. num. pecunia woraus zugleich erhellet, daß der neue Litteralcontract schon vor Justinian bekannt war. Es heißt nämlich in dieser L. 8. cit.

Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus, defunctus est; residuum tempus eius heres habebit, tam adversus creditorem, quam adversus eius heredem. — Sin vero legitimum tempus excessit, — *omnimodo heres eius, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur.*

Wenn ich nun noch zum Ueberfluß die deutliche Stelle des §. 2. *I. de obligat.* hinzufüge, wo Justinian sagt, daß die Contracte nach ihrer causa von viererlei Art sind.

Obligationes aut *re* contrahuntur, aut *verbis*, aut *litteris*, aut *consensu;*

so muß man sich wirklich wundern, daß es dennoch so viele Rechtsgelehrten [14]) giebt, welche sich einbilden, daß

das

14) Man vergleiche *Sam. Frid.* Willenberg Selecta iurisprud. civilis (*Gedani* 1728. 4.) P. II. Exercit. 32. *Io. Gottl.* Langsdorf Tractat. de pactis et contractib. Romanor. (*Manhemii* 1777. 4.) Cap. 8. §. 117. sqq. Dr. Meurers Lehre von der exceptio non numeratae pecun. 5. Kap. und Desselben Leichenrede auf den sogenannten jüngern oder Justinianeischen Litteralcontract, (in desselben jurist. Abhandlungen u. Beobachtungen. 1. Samml. 2. u. 3. Aufsatz.) Sigm. Lehry Erörterung der Rechtsfrage, ob der Schuldner, der einen Schuldschein ausgestellet hat, ohne das Geld empfangen zu haben, nach dem Verlaufe zweyer Jahre noch die ordentliche Einrede habe, daß ihm das Geld nicht sey aufgezählt worden. Freiburg im Breisgau 1788. 8. (S. Hartlebens allgemeine Bibliothek der neuesten jurist. Litteratur 3. Bandes 1. Stück

das Justinianeische Recht keinen wahren Litteralcontract kenne, sondern der gewöhnlich angenommene nach Form und Inhalt ein von den Auslegern lediglich erdachtes Unding sey. Befolgen wir freylich blos die Natur der Sache, gehen wir von dem Grundsatz aus, jeder Contract erfordere ein wechselseitiges Einverständniß in eine von beyden Theilen bestimmte Obligation, woran es doch offenbar fehlt, wenn die Handschrift blos in der Hoffnung ausgestellt worden, den Gegenstand derselben zu empfangen, dieser aber nicht erfolgt ist; erwägen wir ferner, daß es gewiß sonderbar genug klingen würde, wenn der Kläger sagen wollte, er klage, ungeachtet er nicht wirklich ein Darlehn gegeben habe, blos weil sich der Beklagte einmal schriftlich zu dem Empfang desselben bekannt habe, und so nachlässig gewesen sei, die Handschrift vor dem Ablauf zweier Jahre zurückzufordern; bedenken wir überdem, daß hier bey ein und eben derselben Handschrift zwei von allen Regeln des Beweises abweichende Extreme angenommen werden, nämlich daß sie vor dem Ablauf des gesetzlichen Termins gar nichts beweisen, und nach dem Ablauf desselben eine allen Gegenbeweis ausschließende Beweiskraft haben soll, da es doch weit natürlicher zu seyn scheint, wenn man annimmt, daß wenn nach Ablauf des gesetzlichen Termins das singu-

1. Stück S. 192. ff.) **Brauns** Abhandl. ob es eine blos eingebildete Billigkeit sey, wenn die Rechtsgelehrten dem Beklagten nach zwey Jahren noch mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes hören, und mit dem Beweise zulassen? in den **Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749.** Nr. 4. und **Christ. Heinr. Köchy** Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. Band. Nr. 13. S. 151. ff.

guläre Recht wegfällt, welches bey der **exceptio N. N. P.** dem Kläger, des in Händen habenden schriftlichen Eingeständnisses seines Gegners ungeachtet, die Beweislast aufbürdet, nun das ordinäre Recht wieder eintreten müsse, nach welchem auch gegen schriftliche Eingeständnisse wenigstens ein Beweis durch klare Documente, und unverwerfliche Zeugen zugelassen wird [15]); fügt man endlich noch die Betrachtung hinzu, daß es schwer zu erklären sey, wie ein Darlehn, das nicht gegeben ist, nach einem Zeitverlauf von zwey Jahren in eine neue Art von Contract, in einen Litteralcontract übergehen könne; so darf man sich wohl freylich nicht mehr wundern, wenn so viele Rechtsgelehrten keinen Litteralcontract annehmen. Er kann auch in dem System des jetzt geltenden Rechts, wie ich §. 788. zeigen werde, keinen Platz mehr behaupten. Allein dessen ungeachtet würde man die so deutlichen Stellen des Röm. Rechts, welche von der **obligatio litterarum** sprechen, mit Gewalt verdrehen müssen, wenn man behaupten wollte, daß das System des justinianischen Rechts keinen Litteralcontract kenne, wie auch Hugo [16]) bemerkt, und Pfeiffer [17]) gegen Meurer sehr gründlich ausgeführt hat. Er läßt sich auch in der allgemeinen Bedeutung des Worts **contractus**, für Verbindlichkeit überhaupt genommen, mit Weber [18]) vollkommen rechtfertigen,

15) *L.* 25. §. 4. *D. de probat. L.* 13. *Cod. de non num. pecun. L.* 14. *Cod. de contrah. et committenda stipulat.*

16) Civilistisches Magazin 1. Band. S. 448. ff.

17) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts S. 167. ff.

18) Zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 850. Not. 1. S. 902.

gen, indem er alsdann, mit litterarum obligatio synonym, die Verbindlichkeit anzeigt, die nach Ablauf der gesetzlichen Zeit von zwey Jahren aus einer Handschrift entsteht, welche über den Empfang eines Darlehns ausgestellt worden ist, und vermöge welcher der Aussteller, so wie desselben Erbe zur Bezahlung condemnirt werden kann, ohne mit einem weitern Gegenbeweis des Nichtempfangs Gehör zu finden. Die Worte in dem §. *un. I. de litt. oblig.* Si quis *debere se scripserit*, quod sibi numeratum non est, *de pecunia minime numerata post lapsum temporis exceptionem opponere non potest.* Sic fit, *ut scriptura obligetur*, et *ex ea* nascatur condictio; und der Satz der *L.* 14. *Cod. de non num. pecun.* biennio elapso NULLO MODO exceptio non numeratae pecuniae *introduci potest*, verbunden mit *L.* 8. *Cod eodem:* wo es heißt: Sin vero legitimum tempus excessit, — OMNINO *heres eius debitum solvere compellitur*, lassen gar keinen Zweifel übrig. Nur einige der vorzüglichsten Gründe, welche man unserer Ansicht entgegensetzt, verdienen hier noch eine etwas genauere Beurtheilung, weil man sie, soviel ich weiß, noch nicht hinlänglich widerlegt hat. Den einen glaubt man in der *L.* 1. *Cod. de condict. ob turpem caus.* gefunden zu haben, in welcher es heißt:

Si ex cautione tua conveniri coeperis: nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem, *ei, qui super ea re cogniturus est, probandum est; et eo impleto absolutio sequetur.*

Man schließt hier so. Der Excipient soll nach diesem Gesetz beweisen, daß keine Numeration erfolgt sey. Ein sol-

solcher Beweis hätte nicht auferlegt werden können, wenn die **Exceptio N. N. P.** noch Statt gehabt hätte. Mithin war ihr Termin schon verflossen, weil vorher der Kläger beweisen müßte. Das Gesetz läßt also noch nach Ablauf des gesetzlichen Termins Beweis zu. Allein diese Verordnung ist ja vom Kaiser Antonin. War denn damals der **exceptio N. N. P.** schon ein gewisses Ziel gesetzt? Man setzt also hier etwas voraus, was noch erst bewiesen werden müßte. Doch ganz davon abgesehen, so ist hier eigentlich von der **exceptio N. N. P.** gar nicht die Rede, sondern von dem Falle, da eine Summe Geld um eines unerlaubten Zwecks willen versprochen, und darüber eine Handschrift ausgestellet worden war. Der Aussteller wird daraus belangt, und setzt die **exceptio turpis causae** entgegen, und nur als Folge davon wird die Nichtzahlung des Geldes angeführt. Natürlich muß hier die **exceptio turpis causae**, als wahre Einrede, nicht sowohl gegen die Existenz des Darlehns, als vielmehr gegen die Gültigkeit des anerkannt eigenhändig ausgestellten Schuldscheins gerichtet, von dem Excipienten bewiesen werden, und ein eintretendes oder erloschenes Privilegium ist dabey ganz undenkbar. Die Richtigkeit dieser Erklärung bestärken die Basiliken[19]), in welchen diese Verordnung auf folgende Art paraphrasirt ist:

Επηρωτήθη τὶς φανερὰν ποσότητα ἐπὶ ἀσχρᾷ αἰτίᾳ τοῦ λαμβάνοντος. τυχὸν ἐπὶ τῷ τὸν λαμβάνοντα μὴ φονεῦσαι. καὶ ἀπαιτούμενος ᾔτησεν ἔχειν τὸ ἀνενόχλητον, καὶ δέδωκεν ἡ διάταξις οὕτως. εἰ ἐκ τῆς σῆς ὁμολογίας ἄρξη μεθοδεύεσθαι, οὐχὶ ἠριθμήθη δὲ σοι τὰ χρήματα, ἀλλά δὶ αἰσχράν αἰτίαν, καί διὰ τοῦ τοιούτου ὅπερ γίνεσθαι ἀπηγορεύεται, ἐκτεθῆναι τὴν

19) **Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 2. Constit. 10. pag. 522.**

τὴν τοιαύτην ὁμολογίαν παρὰ τῷ μέλλοντι δικάξειν ὠποδείκνυσθαι χρή· καὶ τούτου δειχθέντος, ἄφεσις παρακολουθήσει. i. e. *Quidam promisserat certam pecuniae quantitatem ob turpem causam accipientis, forte ne hominem occideret. Cum autem eo nomine conveniretur, petiit ne inquietaretur: quod ei constitutio indulget his verbis. Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam pecuniam tibi numeratam esse, sed ob turpem causam, et quam fieri prohibitum est, interpositam eiusmodi cautionem, ei, qui super ea re cogniturus est, probari oportet: et eo probato, absolutio sequetur.*

Einen andern Grund, den besonders Voet[20]) für ganz entscheidend hält, nimmt man her aus *L.* 6. *Cod. de compensat.*, wo der Kaiser Alexander an einen gewissen Pollidens auf folgende Art rescribirt:

Neque scriptura, qua cautum est accepta, quae negas tradita, obligare te *contra fidem veritatis* potuit: et compensationis aequitatem iure postulas. Non enim prius exsolvi, quae debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit: eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris.

Hier soll nun ausdrücklich verordnet seyn, daß eine Handschrift, worin man etwas empfangen zu haben bekannt hat, den Aussteller nicht verbinden solle, wenn er nachher den Empfang läugnet, und den Beweis davon führen kann. Man hätte dieses Argument noch wichtiger machen können, wenn man es recht zu benutzen gewußt hätte. Denn es ist hier von einem Empfangschein über ein Hey-

raths-

20) Commentar. ad Pand. h. t. §. 33.

rathsgut die Rede, welchen der Ehemann ausgestellt hatte, und woraus die Frau auf Restitution des Heyrathsgutes klagte. Der Mann setzte der Klage theils die **exceptio non numeratae dotis**, theils die Einrede der Compensation entgegen. Man sieht dies noch deutlicher aus den Basiliken[21]), in welchen diese Verordnung auf folgende Art erläutert wird.

Απαιτούμενός τις προῖκα παρὰ τῆς ἰδίας γυναικὸς, πρῶτον μὲν ἔλεγεν, ὅτι οὔτε ὑπεδέξατο ταύτην. ἔπειτα δὲ, ὅτι εἰ καὶ ὑπεδέξατο, ἀπεσύλησεν δὲ αὐτῶν τινὰ ἡ γυνὴ, καὶ ἀντετίθει ἀντέλλογον· περὶ ἑκατέρων τοίνυν ἡ διάταξις ἀντιγράφουσα λεγει· ὅτι οὐδὲ τὸ ἔγγραφον ἔνοχον ἠδυνήθησε ποιῆσαι εἰς τὴν οὐχ ὑπεδέξω ποσότητα· ἀλλὰ καὶ ὁ ἀντέλλογος, ὀυ συγχωρει ἀπαιτηθῆναι πρὶν ἢ γένηταί σοι τὸ ἱκανὸν, ἐφ' οἷς λέγεις ἀντιχρεωστεῖσθαι, ἐξ ὧν ἡ γυνὴ, διαξυγίου ἕνεκεν ἀπεσύλησεν. **i. e.** ***Cum uxor dotem a marito repeteret primum quidem ei obiiciebat, se eam non recepisse: deinde licet recepisse eam concederet, quaedam uxorem amovisse contendebat, quorum compensationem opponebat. Ad utrumque igitur constitutio ita rescribit. Neque scriptura in quantitatem, quam non recepisti, obligare te potuit, sed et compensatio petitionem inhibet, priusquam tibi satisfactum sit eorum nomine, quae tibi vice mutua deberi contendis: eo magis, quod ea tibi debere dicis, quae uxor tua divortii causa amovit.***

Allein das Argument verliert alles Gewicht, wenn man erwägt, daß zu der Zeit, da dieses Gesetz gegeben wurde, die **exceptio non numeratae dotis** noch in keinen bestimmten Zeitraum eingeschränkt war, sondern zu aller

Zeit

21) **Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. Const. 30. pag. 580. sq.**

Zeit mit der Wirkung vorgeschützt werden konnte, daß der Kläger, welcher auf die Zurückgabe des Heyrathsgutes klagte, den Beweis der geschehenen Auszahlung führen mußte, ohne den darüber von dem Ehemann erhaltenen Empfangschein zum Beweis gebrauchen zu können[22]). Denn man vermuthet, daß der Ehemann den Empfangschein blos aus Verlangen, desto eher in den Besitz der Braut zu kommen, ausgestellt habe, ohne das Heyrathsgut wirklich empfangen zu haben. In dieser Hinsicht sagen die Kaiser Sever und Antonin *L.* 1. *Cod. de dote cauta non numerata.*

Dotem *numeratio*, non *scriptura dotalis instrumenti* facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, *si dotem a te re ipsa datam probatura es.*

Allein Justinian schränkte in seiner neuern Gesetzgebung nachher diese Exception aus besonderer Begünstigung des Brautschatzes ein, und setzte auch ihr eine peremtorische Frist, nach deren Ablauf sie nicht mehr Statt haben soll[23]), *tempore querelam tollente, et ad omnia sufficiente mulieri,*

22) S. *Franc.* BALDUINI Iustinianus. Lib. I. pag. 15. wo er sehr richtig bemerkt. *Veteres exemplo exceptionis non numeratae pecuniae videntur introduxisse hanc exceptionem non numeratae dotis, ut misero marito succurrerent, qui inani spe illectus, et uxoris ducendae desiderio incensus, saepe sibi parum cavet, et numeratae dotis fallacem cautionem conscribi, antequam dos numerata sit, facile patitur.*

23) Es geschahe dies zuerst durch die *L.* 3. *Cod. de dote cauta,* wo Justinian die exceptio non num. dotis nach getrennter Ehe in einen Zeitraum von einem Jahre einschloß, ohne dar-

mulieri, wie Justinian Nov. **100**. Kap. **1**. und **2**. sagt. Daß aber nach dem Ablauf der gesetzlichen Zeit nur das Privilegium, nicht aber die Exception selbst wegfalle, wenn der Beklagte den Beweis derselben führen könne, ist weder aus diesem noch aus irgend einem andern Gesetz erweislich. Man behauptet vielmehr mit Recht, daß auch hier, eben so, wie beym Darlehn, nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit eine **obligatio litterarum** begründet werde, wie §. **1239**. näher gezeigt werden wird.

Noch ist zur Erläuterung der bisher angeführten und erklärten Gesetze zu bemerken, daß die **Exceptio N. N. P.** auch als Klage vorgebracht werden kann. Weil nämlich diese Einrede, als Antwort auf die Klage, sich eigentlich nur dann äußern kann, wenn dem Excipienten von seinem angeblichen Gläubiger dazu Gelegenheit gegeben wird; so kann der Aussteller der Handschrift, wenn deren Inhaber vor Ablauf der gesetzlichen Zeit nicht klagen sollte, diese Exception nebst dem ihr beygelegten Privilegium dadurch erhalten, daß er seinen Gegner auffordert, seine auf einen ihm ausgestellten Schuldschein etwa zu gründende Ansprüche entweder **aliunde** zu beweisen, oder denselben durch Zurückgabe des Schuldscheins gänzlich zu entsagen [24]). Diese Pro-

darauf Rücksicht zu nehmen, wie lange die Ehe gedauert hat. Nachher hat Justinian in der Nov. 100. mehrere Zeitfristen bestimmt, nach der Verschiedenheit der Dauer der Ehe.

24) *L.* 8. *C. de non num pecun.* Si intra legibus definitum tempus, qni cautionem exposuit, — questus est, *exceptio non numeratae pecuniae heredi, et adversus heredem eius perpetuo competit.* S. Pfeiffers vermischte Aufsätze S. 152. ff.

Provocation wird *Querela non numeratae pecuniae*[25]) genennt. Er kann auch seine Handschrift mit der *condictione sine causa* zurückfordern[26]); oder er kann sich auch, wenn der Inhaber derselben abwesend seyn sollte, einer gerichtlichen Protestation bedienen[27]). Es erhellet hieraus zugleich, daß der dem römischen Recht gemachte Vorwurf der Unbilligkeit ganz ungegründet sey. Man nehme nur die Lehre des Röm. Rechts von der extinctiven Verjährung zu Hülfe, so wird man sich lebhaft überzeugen können, daß die Entstehung jener Verbindlichkeit *ex* **sola scriptura, lapsu temporis firmata** keine so ganz exor-

25) Von dieser Querel handelt Lauterbach in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 56. sehr ausführlich.

26) *L.* 7. *C. de non num. pec.* Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per *condictionem* obligationem repetere, si actor non petat; vel *exceptione non numeratae pecuniae* adversus agentem uti potestis. *L. ult. Cod. de condictione ex lege et sine causa.* Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti: *et necdum transisse tempus statutum*, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, *reddi tibi cautionem*, Praesidali notione postulare potes.

27) *L.* 14. §. 4. *Cod. de non num. pecun.* In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, *vel denunciationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare* ei, qui numerasse eam, vel alias res dedisse instrumento scriptus est; *vel si abesse eum his locis, in quibus contractus factus est, contigerit*, in hac quidem alma urbe *apud quemlibet ordinarium iudicem*, in provinciis vero apud viros clarissimos *rectores earum*, vel *defensores locorum eandem querelam manifestare, eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere.*

exorbitante und beyspiellose Verordnung des Römischen Rechts sey, als wofür sie gewöhnlich ausgegeben wird [28]). Ist für Klagen ein gewisser Zeitraum festgesetzt, der peremtorisch ihre Dauer bestimmt, mit der Wirkung, daß nach Ablauf desselben die Klage nicht weiter angestellet werden kann, warum soll es unbillig seyn, wenn das Nämliche bey einer Exception geschehen ist, welche das Eigene hat, daß sie auch als Klage vorgebracht werden kann? Kann sich der Beklagte dort, ohne sich auf die Richtigkeit der an ihn geschehenen Forderung einzulassen, blos durch Anführung des abgelaufenen Zeitraums schützen; warum sollte sich nun der Kläger nicht eben so gut zur Begründung seiner Klage geradezu auf den Schuldschein berufen dürfen, nachdem der gesetzliche Zeitraum, binnen welchem der Aussteller Zeit und Rechtsmittel genug hatte, denselben zurückzufordern, verflossen ist, und die Einrede des nicht gezahlten Geldes nun jede rechtliche Wirkung verloren hat? Wie kann es jetzt noch auf einen Beweis ankommen, ob diese Einrede factisch gegründet, oder ungegründet sey. Daß diese Ansicht selbst den Gesetzen gemäß sey, läßt sich bey den klaren Worten der Novelle **100.** Kap. **1.** u. **2.** **tempore in omnibus eiusmodi speciebus suos effectus ostendente, et querelam dante vel tollente,** ***cum mulieri tempus ad omnia sufficiat,*** mit Grund nicht bezweifeln. Der einzige Unterschied besteht lediglich darin, daß bey der Verjährung der Klage durch

28) Schon Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen S. 161. u. ff. hat die verschrieene Singularität der Litteralverbindlichkeit auf solche Art sehr gut erklärt. Man sehe auch *Rom.* Teller **Diss. de exceptione non numeratae pecuniae §. 2. in fin.**

durch den Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit eine vorhandene Verbindlichkeit aufgehoben, bey der Verjährung der **Exceptio N. N. P.** aber eine nicht wirklich begründete Verbindlichkeit nun nach Ablauf der gesetzlichen Fristbestimmung als vorhanden angenommen wird.

§. 787.

Wem kommt die exceptio N. N. P. zu statten? Nähere Angabe der Fälle, in welchen sie gebraucht werden kann, und wo sie hingegen, auch innerhalb der ersten zwey Jahre, ihre Wirkung verliert.

Die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes steht nun, innerhalb des in den Gesetzen bestimmten zweyjährigen Zeitraums, nicht nur dem Aussteller der Handschrift zu, sondern, wenn derselbe während dieses Zeitraums stirbt, ohne sich der **Querelae N. N. P.** bedient zu haben, so kommt die von dem Biennium noch übrige Zeit auch dem Erben mit gleicher Wirkung zu statten. Nach *L. 8. C. de non num pec.* ist dies keinem Zweifel unterworfen. Denn da wird ausdrücklich gesagt:

Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus, defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem, quam adversus eius heredem.

Es entsteht aber hierbey die Frage, von welcher Zeit dieser Rest des Bienniums an zu rechnen sey? Accursius glaubt, von der Zeit an, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Allein nach der *L. 14. Cod. eodem* ist das Biennium ein *tempus continuum*, welches, von Zeit der Ausstellung der Handschrift an gerechnet, ununterbro-

 chen

chen fortläuft. Der Erbe setzt es daher gleich nach dem Tode des Ausstellers fort, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob er die Erbschaft schon angetreten hat, oder nicht [29]).

Die mehrgedachte Einrede kommt ferner auch dem Bürgen und Mandator zu, welcher den Auftrag gegeben hatte, dem Aussteller der Handschrift auf seine Gefahr zu creditiren. Dem Expromissor hingegen, welcher durch eine Novation die Verbindlichkeit desjenigen übernommen hat, von dem die Handschrift ist ausgestellet worden, wird diese Einrede nicht gestattet. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 12. *Cod. de non num. pecun.* **Tam mandatori quam fideiussori non numeratae pecuniae exceptio exemplo rei principalis competit.**

L. 6. *Cod. eodem.* **Frustra opinaris exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum, quando, ut fateris, in eius vicem, qui erat obligatus, substitueris te debitorem.**

Uebrigens hat die Einrede des nicht gezahlten Geldes Statt, wenn auch der Beklagte den Empfang nicht ganz läugnet, sondern behauptet, daß er die eingeklagte Summe nur zum Theil erhalten habe, nachdem von ihm die Handschrift auf das Ganze ausgestellt gewesen sey [30]). Es ent-

29) Man vergleiche *Hug.* Donelli Commentar. ad L. 8. C. de non num. pecun. nr. 2. pag. 178. *Io.* Zanger Tract. de exceptionibus. P. III. Cap. 14. nr. 49. Teller Diss. cit. de except. non num. pecun. §. 5. und Maassen Specim. de contract. litt. natura. §. 12.

30) *L.* 9. *Cod. de non num. pecun. Iohan.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 31. *Hug.* Donellus in Commentar. ad L. 2. Cod. de non

entsteht jedoch hierbey die Frage, wer den Beweis übernehmen müsse? der Excipient, oder der Kläger? Man sollte glauben, daß hier der Beklagte beweisen müsse, weil er, wenn er einen Theil der Schuld einräumt, die Vermuthung gegen sich hat, daß er das Ganze empfangen haben müsse. Hierzu kommt noch die *L. 2. Cod. de non num. pecun.* welche nicht undeutlich dem Beklagten den Beweis aufzulegen scheint. Es heißt nämlich darin:

Minorem pecuniam te accepisse, et maiorem cautionem interposuisse, si apud eum, qui super ea re cogniturus est, constiterit: nihil ultra, quam accepisti, cum usuris in stipulationem deductis, restituere te iubebit.

Allein es gehört zum Grunde der Klage, daß das Geld gezahlt sey, auf dessen Rückzahlung geklagt wird. Der Beklagte hat nun hier das nicht ganz eingeräumt, was zur Begründung der Klage gehört. Es muß also von dem Kläger, der auf die Bezahlung des Ganzen klagt, völlig durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden [31]). Nun beweißt ein für allemal die Handschrift über den Empfang des Darlehns unter zwey Jahren nichts. Folglich muß hier die **exceptio non numeratae pecuniae** mit eben der Wirkung entgegengesetzt werden können, als wenn der Be-

non num. pecun. pag. 167. sq. Teller Diss. cit. §. 2. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Nr. 274. S. 30. ff.

31) Es treten hier die Grundsätze vom qualificirten Geständniß ein. S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLIII. §. 20. ff. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 326. ff.

Beklagte den Empfang des Geldes ganz geläugnet hätte. Daß dieses dem Geist der *L.* **2**. *C. de N. N. P.* gemäß sey, beweißt nicht nur die griechische Uebersetzung derselben in den Basiliken[32]), welche folgendermaßen lautet:

Οὐ μόνον ὁ μηδὲν λαβὼν ἐξ ὧν ἐχειρογράφησεν, ἀντιτίθησιν ἀναργυρίαν, ἀλλὰ καὶ ὁ πλείονα ὧν ἔλαβε χειρογραφήσας. i. e. ***Non solum, qui nihil eorum accepit, quorum nomine cautionem interposuit, exceptionem non numeratae pecuniae opponere poterit: sed et qui minorem pecuniam accepit, et maioris cautionem dedit.***

sondern eben dies bestärkt auch die folgende *L.* **3**. ***Cod. eodem.***, wo es im Allgemeinen heißt:

Exceptione non numeratae pecuniae opposita, compellitur petitor probare, pecuniam esse numeratam.

Alles dies setzt aber die ***L.* 9. *Cod. eodem*** vollends außer Zweifel, in welcher die Kaiser Diocletian und Maximian auf folgende Art rescribiren:

Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si stipulatione interposita, placita creditor non dederit: in factum esse dandam exceptionem convenit. Si necdum tempus, intra quod huius rei querela deferri debet, transiit; vel si intra hoc in testando iuri paritum sit: nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis a te nomine aditus Rector vel Praeses provinciae exigi patietur.

Denn daß hier von der **exceptio N. N. P.** die Rede sey, beweißt die griechische Uebersetzung dieser Stelle in den Ba-

32) **Tom. III. Lib. XXIII. part. II. Tit. 1. Constit. 64. pag. 327.**

Basiliken [33]) ganz deutlich, welche folgendermaßen lautet:

Ο ἔλαττον λαβὼν καὶ εἰς πλεῖον χειρογραφήσας, ἐπὶ τῇ πλείονι ποσότητι καλῶς αντιτιθησι τὴν ἀναργυρίαν, ἐὰν εἰσέτι ὁ χρόνος ἐνδαψιλευηται τῆς διετίας, ἤ διεμαρτύρατο, ἢ εἴσω τούτου τοῦ χρόνου, ἐν ᾧ διαμαρτύρασθαι ὤφειλε, τὸ ἱκανὸν τοῖς νόμοις ἐγένετο, οὐδὲν περαιτέρω τούτου ὅπερ ἐδέξω ὀνόματι κεφαλαίου ὁ ἄρχων τῆς ἐπαρχίας ἀπαιτηθῆναι ἀνέξεται. i. e. ***Qui minorem pecuniam accepit, et maioris cautione exposuit, maiori quantitati exceptionem non numeratae pecuniae recte opponit, si hoc adhuc biennii tempus ei largiatur, aut et contestatus sit: vel si intra hoc tempus, in quo contestari debuit, iuri satisfactum sit. Nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis nomine a te rector provinciae exigi patietur.***

Es giebt jedoch Fälle, wo die **exceptio N. N. P.** innerhalb der ersten zwey Jahre ihre Wirkung verliert. Dahin gehört,

1) wenn der Aussteller der Handschrift den Empfang des Anlehns noch in einer besondern Quittung bezeugt hat [34]). Es darf nur freylich dieses besondere Attestat nicht von demselben Datum seyn, unter welchem der Schuldschein ist ausgestellt worden [35]). Ist die Quittung in der Hand-

33) loc. cit. Tom. III. pag. 329. Constit. 71.

34) Es wird dies dem Gläubiger als eine besondere Cautel empfohlen. S. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 37. S. 75.

35) S. Stryk Tr. de caut. contract. Sect. II. Cap. VII. §. 10. und Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 85.

Handschrift selbst enthalten, so kann sie, als ein Theil derselben, nicht mehr Kraft haben, als die Handschrift selbst[36]).

2) Wenn der Aussteller die Schuld auf andere Art entweder ausdrücklich vor Zeugen[37]), oder im Testament, oder auch stillschweigend durch abschlägliche Zahlung eines Theils des Capitals, oder auch durch Zinszahlung anerkannt hat[38]). *L. 4. C. de non num. pecun.* sagt ausdrücklich:

Cum fidem cautionis agnoscens, etiam *solutionem portionis debiti*, vel *usurarum* feceris: intelligis, *te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre*.

3) Wenn der Schuldschein einem Argentarius ist ausgestellet worden. Justinian bestätigte hierdurch den schon längst vor seinen Zeiten üblichen Litteralcontract, der durch die **scriptura mensae** errichtet wurde, (S. **125.** ff.) wenn er in der Novelle **136.** Kap. **5.** verordnet:

Hoc etiam nos docuerunt, quosdam, qui cum illis contrahunt, instrumenta et rationes conficere, et partim quaedam publice facere, partim sua manu scribere, quibusdam vero ab aliis conscriptis subscribere:

36) Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 852. Not. *) S. 905. ff.

37) Die Mitunterschrift eines oder mehrerer Zeugen bey einem Schuldschein beweißt jedoch durch sich selbst die von dem Gläubiger geschehene Auszahlung des Geldes noch nicht. S. Gmelins und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle 4. Band. Nr. 19. S. 262. ff.

38) Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 32. und Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 84.

bere: petieruntque, ut illi, qui cum ipsis contrahunt, si tale quid scripserint, teneantur, ipsisque satisfaciant, nec eo abutantur, et dicant, se contractus quidem, vel confessiones, vel rationes omnes manu sua scripsisse, vel aliis scribentibus illis subscripsisse, *pecuniam vero, quae illis continetur, datum non esse.* Nos igitur, quoniam illa communia sunt, et multa inspectione egent, ad ea, ut decet, respondemus. Nam si quis publicum contractum fecerit, totumque manu sua scripserit, vel instrumentis aut rationibus ab aliis scriptis subscripserit; *sancimus, ut ille, eiusque heredes omnibus modis, personalibus scilicet actionibus, teneatur.*

4) Wenn das Darlehn aus einer vorhergehenden rechtlichen Forderung entstanden ist, welche durch eine darüber ausgestellte Handschrift in ein Darlehn ist verwandelt worden. Von diesem Falle sind die schon oben (S. **106.**) angeführten *L.* 5. *et L.* **13.** *Cod. de non num. pecun.* zu verstehen. Hier kommt es, wie beyde Gesetze sagen, nicht darauf an, ob das Geld gezahlt sey, sondern es ist blos darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Aussteller der Handschrift das Geld aus einem rechtmäßigen Grunde schuldig geworden sey. Es muß nur dieser rechtliche Grund in der Handschrift ausdrücklich seyn angeführt worden[39]). Unrichtig hingegen ist es, wenn einige Rechtsgelehrten[40]) diese Gesetze so haben verstehen wollen, als ob die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch dann wegfalle, wenn in der

39) S. Donelli Comm. ad L. 13. C. de N. N. P. n. 5.

40) Hunnius in *Treutlerum* Vol. I. Disput. 20. Th. 10. §. 4. und die oben §. 786. S. 105. Not. 55. angeführten Rechtsgelehrten.

der Schuldverschreibung gesagt worden, daß der Aussteller das Geld bereits vor einiger Zeit empfangen habe, wie bereits oben (S. 107. ff. gezeigt worden ist[41]).

Das in der Schuldverschreibung enthaltene eidliche Versprechen, das Darlehn wieder zu bezahlen, schließt jedoch die Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht aus, weil es die Bedingung enthält, wenn der Aussteller das Geld auf die Handschrift erhalten wird[42]). Insbesondere aber bestätigt dies auch die *L. fin. Cod. de non numerata pecun.* wo es heißt:

Indubitati iuris est, *non numeratae pecuniae exceptionem* locum habere, et in talibus nominibus vel foeneratitiis, vel *aliis cautionibus*, *quae etiam sacramenti habent mentionem.* Quae enim differentia est in huiusmodi exceptione, sive iusiurandum positum est, sive non, tam in foeneratitiis cautionibus, quam in aliis instrumentis, quae talem exceptionem recipiunt.

Wie aber, wenn sich der Aussteller des Schuldscheins der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich begeben hätte? Es lassen sich hier verschiedene Fälle gedenken.

1) Die Entsagung ist erst nach der Ausstellung der Handschrift in einer von derselben ganz unterschiedenen Urkunde

41) S. Zanger Tract. de exceptionib. P. III. Cap. 14. nr. 38. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Meditat. 273.

42) S. *de* Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 27. und Walch Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. 3. §. 2. pag. 582.

kunde geschehen. Hier findet die exceptio non numeratae pecuniae nicht weiter Statt [43]).

2) Sie ist in der Schuldverschreibung selbst enthalten; und dann ist sie entweder

a) ohne Eid geschehen. Hier sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß die Entsagung unverbindlich sey, weil man annehmen muß, daß die Entsagung jener Einrede, eben so wie die Ausstellung des Schuldscheins, in der Hoffnung, das Geld zu erhalten, geschehen sey [44]).

b) Die Entsagung ist eidlich geschehen. Hier ist

α) soviel gewiß, daß nach dem Römischen Recht selbst durch eine in der Schuldverschreibung enthaltene eidliche Entsagung die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht ausgeschlossen werde. Es läßt sich auf diesen Fall nicht nur die oben angeführte *L. fin. C. de N. N. P.* vollkommen anwenden, wie auch Pufendorf [45]) ganz richtig bemerkt hat, sondern es erhellet dies auch daraus, weil nach dem Römischen Recht der Eid keine neue Verbindlichkeit hervorbringt, sondern lediglich nur als ein accessorisches Mittel betrachtet wird, die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit zu sichern. Es kann folglich durch

43) Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 246. et Tom. III. P. I. Obs. 46. nr. 3. et Obs. 160. nr. 1. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2046. nr. IV.

44) Stryk de cautel. contractuum Sect. II. cap. VII. §. 8. Pufendorf Observation. iuris universi. Tom. I. Obs. 64. §. 5. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 86.

45) Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 64. §. 6.

durch den Eid keine Entsagung gültig werden, welche an sich unwirksam ist[46]. Allein ob nicht

β) nach dem canonischen Recht ein Anderes zu behaupten sey, ist eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt sind. Es ist bekannt, daß nach dem canonischen Recht ein Eid, der ohne Seelengefahr gehalten werden kann, so kräftig und verbindlich ist, daß dadurch ein sonst an sich ungültiges Versprechen verbindlich gemacht werden kann[47]). Da nun in Deutschland die Kraft der Eide nach dem canonischen Recht beurtheilt wird[48]), so sind viele Rechtsgelehrten[49]) der Meinung, daß die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes durch eine eidliche Renunciation ausgeschlossen werde. Man setzt noch den Grund hinzu, daß der Eid die Vermuthung aufhebe, welche sonst für den Aussteller streitet, daß er die Handschrift in der Hoffnung, Geld zu erhalten, ausgestellet habe. Andere[50]) hingegen behaupten gerade das Gegen-

46) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 120.

47) *Cap.* 28. *X. de iureiur. Cap.* 2. *de pactis. in* 6*to.*

48) Boehmeri ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 23. ibique cit. DD.

49) Carpzov Iurispr. for. P. I. Const. 32. Definit. 65. nr. 8. *Mod.* Pistoris P. IV. Quaest. 12. nr. 6. Colerus de process. executiv. P. I. Cap. 10. nr. 248. Mencken Introd. in doctr. de actionibus Sect. II. Cap. 2. Membr. 12. §. 15. nr. 5. u. a m.

50) Schilter Prax. iuris. Rom. Exercit. XXII. §. 32. Stryk de cautel. contractuum Sect. II. cap. 7. §. 11. Struv Decis. Sabbath. Cap. XIII. Decis. 15. in fin. Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 64. §. 6. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 30.

gentheil, weil auch nach dem canonischen Recht der Eid, welcher sich immer nach der Natur der Handlung richtet, zu welcher er hinzugefügt worden, unter eben der Bedingung zu verstehen sey, welche das Versprechen, an sich betrachtet, in sich enthält. Es könne daher eine in der Schuldverschreibung enthaltene selbst eidliche Entsagung die **exceptio N. N. P.** nicht hindern. Denn warum sollte der geldbedürftige Schuldner nicht eben so leicht zu bewegen seyn, in der Hoffnung, desto eher Geld zu erhalten, eine solche eidliche Entsagung der Schuldverschreibung beyzufügen? Hierzu komme, daß wenn auch nach dem canonischen Recht der Eid eine an sich ungültige und unverbindliche Handlung wirksam machen könne; doch die Wirkung desselben soweit nie gehe, daß dadurch Etwas, was an sich wirklich nicht existirt, für geschehen anzunehmen sey.

Ich glaube, daß beyde Meinungen ganz wohl vereiniget werden können, wenn man mit den Gebrüdern Becmann[51]), einen Unterschied macht, ob die Entsagung jener Einrede mittelst eines assertorischen Eides geschehen ist, wodurch der Aussteller des Schuldscheins den wirklichen Empfang des Geldes bekannt und versichert hat, oder mittelst eines promissorischen Eides, wodurch der

Qu. 30. Ludovici Doctr. Pand. h. t. §. 21. Boehmer ius Dig. h. t. §. 26. Walch Introd. in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. 3. §. 4. Hymmens Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 90. und Madihn ad Mencken doctr. de actionib. pag. 297. not. 918.

51) Consil. et Decision. P. I. Consil. XXXVIII. Qu. 3. et 4. nr. 14. sq. pag. 441. sqq.

der Aussteller des Schuldscheins nur blos versprochen hat, sich der Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen seine Handschrift nicht bedienen zu wollen. In dem ersten Falle kann die **exceptio N. N. P.** nicht weiter vorgeschützt werden, wofern nicht der Beklagte einen wahrscheinlichen Irrthum anzuführen, und zu erweisen vermöchte. Denn er würde ja sonst durch Vorschützung jener Einrede seinem eignen Eid entgegenhandeln, und einen Meineid begehen[52]). In dem andern Falle hingegen, da die Entsagung durch einen promissorischen Eid geschehen ist, verhält sich die Sache ganz anders. Hier wird durch den Eid die **exceptio N. N. P.** weder nach dem Römischen noch nach dem Canonischen Rechte ausgeschlossen. Denn auch nach dem Canonischen Rechte ist ein jeder Verpflichtungseid immer unter eben den Bedingungen und Einschränkungen zu verstehen, welche das Versprechen, an sich betrachtet, in sich enthält[53]). So wie demnach das simple Versprechen, die Schuld zu bezahlen, oder die **Exceptio N. N. P.** nicht vorschützen zu wollen, unstreitig die Bedingung enthält, wenn die Auszahlung des Geldes wirklich erfolgt seyn wird; so ist auch der hinzugekommene promissorische Eid natürlich nur unter eben derselben Bedingung, und also **sub spe futurae numerationis** für abgelegt zu halten. Bleibt also jene Einrede bey einem simplen Versprechen und bey einer simplen Renunciation zulässig, so ist

52) Hierin stimmen auch überein Müller ad *Struvium* Exercit. XVI. Th. 53. not. η. Sektser de iurament. Lib. I. cap. 26. nr. 14. Brunnemann Comment. ad L. fin. Cod. de non num. pecun. nr. 3. et 4. und Lauterbach Colleg. Pand. h. t. §. 69.

53) *Cap.* 3. *et* 25. *X. de iureiur. I. H.* Boehmeri ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 41.

ist sie auch aus eben dem Grunde bey einem eidlichen Versprechen, und einer eidlichen Entsagung für zulässig zu achten[54]).

Noch ist die Frage zu berühren, ob die **exceptio N. N. P.** auch im Executivproceß mit eben der gesetzlichen Wirkung, wie in dem ordentlichen Proceß vorgeschützt werden könne? Man versteht unter dem Executivproceß diejenige Verfahrungsart, da der Kläger seine Intention, insofern sie eine persönliche Forderung an den Beklagten betrifft, sogleich durch fehlerfreye und ganz liquide Urkunden, oder, wie man zu sagen pflegt, durch klare Brief und Siegel, (*instrumenta guarentigiata*) dergestalt zu begründen vermag, daß der Richter darauf sogleich zur Execution schreiten kann, wenn der Beklagte die Richtigkeit der Urkunden nicht bestreitet und keine sofort liquiden Einreden dagegen vorzuschützen im Stande ist[55]). Ob nun diese Proceßart die Einrede des nicht gezahlten Geldes ausschließe, oder nicht, ist eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten ebenfalls getheilt sind. Einige[56]) ver-

54) Man vergleiche noch *Guil.* Masius in Tr. de rei debitae aestimatione P. II. Cap. 21. nr. 2.

55) S. Danz Grundsätze der summarischen Prozesse nach Gönner §. 76. ff. und Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 242. ff.

56) Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXII. §. 20. sq. Schaumburg Princip. praxeos iurid. iudic. Lib. II. Cap. 2. §. 11. et not. ******. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß Kap. 3. §. 2. von Bülow und Hagemans practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band 2. Erört. §. 3. S. 43.

verweisen diese Einrede ganz aus dem Executivproceß, wofern sie der Beklagte nicht sogleich erweisen kann. Denn dies sey der Natur des Executivprocesses gemäß, welcher sich eben dadurch von dem gemeinen und ordentlichen Proceß unterscheide, daß hier keine anderen Einreden zugelassen werden, als solche, wofür der Beklagte schleunige Beweise vorlegen kann. Diese Proceßart habe das römische Recht nicht gekannt, es könne daher auch bey derselben nicht angewendet werden, sofern die Verordnungen desselben auf diese Proceßart nicht passen. Andere [57]) hingegen lassen diese Einrede auch im Executivproceß mit der Wirkung zu, daß der Kläger die Numeration beweisen müsse, weil die Handschrift, wenn ihr innerhalb des gesetzmäßigen Bienniums die Einrede der nicht erfolgten Numeration entgegengesetzt wird, alle Beweiskraft verliert, folglich nun nicht mehr behauptet werden kann, daß der Kläger einen so liquiden Beweis seiner Forderung für sich habe, als das Wesen des Executivprocesses erfordert. Ueberdem gehöre die Einrede des nicht gezahlten Geldes zu den blos verneinenden. Solche haben auch im Executivproceß statt, weil sie keines Beweises bedürfen, sondern denselben auf den Kläger wälzen, folglich sofort liquid sind.

57) Lauterbach Colleg th. pr. Pand. h. t. §. 69. Wernher Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 46. nr. 1. Claproths Einleitung in die sämmtlichen summarischen Prozesse §. 161. a. E. Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück Nr. 9. S. 91. f. Gönner im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 4. Bd. N. LXXVII. §. 8. ff. Martin im Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Prozesses §. 240. S. 332. und Thibaut Syst. des P. R. 3. B. §. 1212. S. 126.

sind. Es sey auch eine ganz auffallende Inconsequenz, die sich nimmermehr rechtfertigen lasse, daß derjenige, welchen die Gesetze von aller Beweislast freysprechen, im Executivproceß nicht nur diese Last übernehmen, sondern sogar zu schleunigen Beweisen verbunden seyn soll. Ja welche Härte; dem Beklagten das ihm von den Gesetzen gestattete Privilegium um der zufälligen Proceßform willen zu entziehen! Noch andere Rechtsgelehrte [58]) gehen einen Mittelweg. Sie sagen, das Privilegium der Einrede des nicht gezahlten Geldes sey zwar der Natur des Executivprocesses nicht gemäß, die **exceptio N. N. P.** sey daher in dieser Proceßart anders nicht zuläßig, als wenn sie von dem Beklagten sogleich erweislich gemacht werden könne. Außerdem müsse er mit seiner Ausflucht zur Reconvention verwiesen werden. Allein dadurch gehe die Wirkung der gesetzlichen Wohlthat, welche mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes innerhalb zwey Jahren verbunden ist, nicht verloren, sondern sey durch den Executivproceß nur aufgeschoben. In der Reconvention habe der Wiederkläger nun die rechtlichen Vortheile der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes noch immer zu genießen, weil hier der Wiederbeklagte den Beweis der geschehenen Zahlung zu führen verbunden sey. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient die zweite billig den Vorzug. Durch diese wird das Privilegium der Einrede gesichert, ohne dem Wesen des Executivprocesses zu nahe zu treten. Denn unstreitig hat der

58) S. Gmelins und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle. 2. Band Nr. 2. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 32. Nr. 6. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2047.

der Kläger nur dann gerechte Ansprüche auf den Executivproceß, wenn er alle factische Theile seiner Klage durch liquide Beweismittel darthun kann, welche ihm nicht nur im Anfange des Processes, sondern auch bis zum Erkenntniß zur Seite stehen müssen. Nur unter dieser Voraussetzung verbindet die Natur des Executivprocesses den Beklagten zu einem gleichen Beweis seiner Einreden, sofern sie ihrer Natur nach eines Beweises bedürfen. Nun fehlt es aber hier offenbar auf Seiten des Klägers an jener wesentlichen Bedingung des Executivprocesses, wenn ihm der Beklagte innerhalb des gesetzlichen Bienniums die Einrede des nicht gezahlten Geldes entgegensetzt. Denn die Gesetze haben ein für allemal dieser Einrede den Vorzug beygelegt, daß sie den Beklagten von aller Beweislast gänzlich befreyet, und diese durchaus auf den Kläger wälzt, welcher die Numeration durch andere Beweise, als durch den Schuldschein, darthun muß, weil solcher unter zwey Jahren gar nichts beweißt, geschweige denn der Forderung des Klägers diejenige Liquidität giebt, welche der Executivproceß nothwendig erfordert. Nach dieser Ansicht ist es wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die Verordnungen des Römischen Rechts über die Wirkungen der mehr gedachten Einrede mit den Eigenthümlichkeiten des Executivprocesses vollkommen vereinbar sind, wenn gleich das Römische Recht diese Proceßart nicht kennt, wie Gönner[59]) ganz einleuchtend gezeigt hat. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, welcher unübersehbare Nachtheil dem Beklagten daraus entstehen

59) Handbuch des gemeinen Processes 4. Band Nr. LXXVII. §. 14. S. 209.

hen würde, wenn derselbe nach der dritten Meinung die Last des Beweises mit einem davon untrennbaren Kostenaufwande tragen, und, wenn der schleunige Beweis nicht hergestellt wird, das Geld erlegen, dann aber dasselbe erst durch eine Nachklage wieder zu erkämpfen suchen sollte. Nur im Wechselproceß findet eine Ausnahme Statt[60]). Denn es ist entweder der Valuta in dem Wechsel gedacht, oder nicht. In dem ersten Falle kann die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes dem Wechselgläubiger gar nicht entgegengesetzt werden. In dem letzten Falle ist wieder zu unterscheiden, ob die Erwähnung der Valuta in der Wechselordnung des Orts als ein wesentliches Stück des Wechsels erfordert wird, oder nicht. In dem ersten Falle findet die **Exceptio N. N. P.** gegen einen solchen Wechsel mit eben der Wirkung, wie gegen eine Handschrift, Statt. In dem letztern Falle hingegen wird sie blos unter der Bedingung zugelassen, wenn sie der Beklagte sogleich beweisen kann[61]).

60) S. Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 107. und Reichsschluß vom J. 1671. §. Nachdem auch fünftens. Man vergleiche *Io. Henr.* Berger Diss. de exceptione non numeratae pecuniae adversus cambium. *Vitembergae* 1709. *Fratr.* Becmannorum Consil. et Decision. Part. I. Consil. XXXVIII. Qu. 9. nr. 31. sqq. pag. 448 und Besecke Thes. iuris cambial. P. I. pag. 277. et 438. Anderer Meinung ist jedoch *Io. Gottfr.* Misler in Diss. de querela et exceptione non numeratae pecuniae in cambiali negotio. *Giessae.* 1747.

61) So unterscheiden *Christ. Gottl.* Riccius in Exercitat. iuris cambialis IV. §. 29. sqq. und Exercit. XVII. Sect. IV. §. 17. nr. 8. pag. 55. und *Ioach. Phil.* Behm in Diss. de natura et indole exceptionum in causis cambialibus occurrentium. *Goettingae* 1783.

Wer übrigens die **Exceptio N. N. P.** arglistig vorschützt, kann auf das Duplum verurtheilt werden[62]). Hellfeld will zwar den heutigen Gebrauch dieser Verordnung läugnen, und, statt des Duplums, eine arbiträre Strafe eintreten lassen. Allein da der Grund des Gesetzes: *ut lites sic minuantur, et metu poenae citius rei dicant, quae confiteri oportet*, noch jetzt sein vollkommenes Gewicht hat, so läßt sich die Anwendung desselben mit Grund nicht bezweifeln[63]). Es muß nur der Kläger durch andere Beweismittel, als durch den Eid, die geschehene Numeration zu beweisen im Stande seyn[64]).

§. 788.

Wirkung des chirographi nach Ablauf der gesetzlichen Frist von zwey Jahren. In wiefern findet die exceptio N. N. P. nach dieser Zeit noch Statt?

Daß nach Ablauf des gesetzlich bestimmten Bienniums das Römische Recht die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht mehr gestatte, sondern nunmehr die Handschrift nicht blos einen Beweis wider den Aussteller, sondern vielmehr eine neue Verbindlichkeit für den Beklagten begründe,

1783. §. 9. Ist der Wechsel an einen Dritten richtig indossirt, so wird auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes gar keine Rücksicht mehr genommen, wenn sie gleich sofort erweislich wäre. S. Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts §. 181. und Danz Grundsätze der summarischen Processe nach Gönner §. 94.

62) *Nov. XVIII. cap.* 8.

63) S. den 6. Theil dieses Commentars §. 501. S. 185.

64) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 79.

gründe, die Zahlung des Darlehns zu leisten, weil er, dasselbe empfangen zu haben, schriftlich versichert hat, ist bereits oben durch die entscheidendsten Stellen des römischen Gesetzbuchs außer Zweifel gesetzt worden. Ist also jener peremtorische Zeitraum einmal verflossen, binnen welchem die **exceptio N. N. P.** vorgeschützt werden konnte, so fällt nun alle Rücksicht hinweg, ob das Geld wirklich gezahlt, und also der Darlehnscontract wirklich geschlossen sey, oder nicht? Es kann folglich auch der Beklagte mit keinem Gegenbeweis Gehör finden. Denn er wird jetzt nicht mehr durch den Empfang, sondern durch sein schriftliches Bekenntniß allein zur Leistung der Zahlung verbindlich gemacht. Der Gläubiger hat nun nach Ablauf jenes gesetzlichen Zeitraums ein neues Recht erworben, dieselbe zu verlangen, welches er mittelst der *condictio ex litteris* oder *ex chirographo* verfolgen kann. Der Kläger bezieht sich hier nicht mehr auf den Schuldschein, als Beweismittel seiner durch die Numeration begründeten Forderung, sondern er gründet sich in dem durch Production des Schuldscheins sogleich außer Zweifel gesetzten Litteralcontract, das heißt in dem Factum, daß ein Schuldschein ausgestellt worden, welcher die Versicherung des Beklagten enthält, ein Darlehn empfangen zu haben, und dieser sich nunmehr zwey Jahre ungestört in den Händen des Klägers befunden habe. Nach dieser Ansicht kann daher auch nicht einmal die **exceptio doli** Statt haben, wenn das Biennium einmal verstrichen ist, wie Pfeiffer[65]) sehr gründlich gezeigt hat; obwohl viele das Gegentheil behaupten.

65) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen u. Röm. Privatrechts. S. 108. ff.

haupten[66]). Man beruft sich zwar auf die *L.* 3. *Cod. de N. N. P.* Allein vergebens. Es heißt freylich darin:

Si ex cautione tua conveniri coeperis, *exceptione opposita seu doli* seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam.

Was hindert uns aber, diese Stelle, mit Beystimmung der übrigen Gesetze, welche den Gebrauch der **exceptio N. N. P.** bestimmen, blos eingeschränkt auf die Zeit zu erklären, wo das Biennium noch nicht verflossen ist? Daß die Worte des Gesetzes auch wirklich nur hiervon reden, zeigt die dem Kläger aufgelegte Beweisführung ganz deutlich. Wollte man die Wirkung der **exceptio doli** über diesen Zeitpunct hinaus erstrecken, so müßte zu einer solchen Ausdehnung ein rechtsgültiger Grund vorhanden seyn. Hieran aber fehlt es gänzlich. Es läßt sich vielmehr mit leichter Mühe das Gegentheil darthun. Denn nur solange die Gesetze überhaupt der **exceptio N. N. P.** die Wirkung beylegen, daß der Kläger die Numeration beweisen muß, und ein mißlungener Beweis derselben für den Beklagten ein absolutorisches Erkenntniß zu Wege bringt; läßt sich annehmen, der Kläger handle betrügerisch, der eine Zahlung zurückverlangt, ohne sie beweisen zu können, weil hier der Kläger sich lediglich auf den eingegangenen Darlehnscontract gründen muß. Hiergegen findet also die **exceptio doli**, concurrirend mit der **exceptio N. N. P.** oder mit derselben gleichbedeutend Statt. Sobald hingegen die Zeit einmal völlig verflossen ist, binnen welcher

66) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 81. Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CXXXII. Corol. 3. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 33. u. a. m.

cher die **exceptio N. N. P.** Statt findet, so kann von einem Dolus gar nicht mehr die Rede seyn. Denn nun ist für den Beklagten eine neue Verbindlichkeit eingetreten, die Zahlung zu leisten, welche durch die extinctive Verjährung der **exceptio N. N. P.** begündet worden ist. Der Kläger gründet sich jetzt nicht mehr in einer geschehenen Numeration, sondern darin, daß der Beklagte aus seinem schriftlichen Bekenntniß, welches nun durch den Ablauf des Bienniums bestätiget ist, den darin enthaltenen Gegenstand zu bezahlen schuldig sey. Was hülfe es hier dem Beklagten, wenn er auch beweisen könnte, der Kläger sey **in mala fide**? Denn hier ist ja von einer blos extinctiven Verjährung die Rede, welche nach dem Römischen Rechte keine **bona fides** erfordert [67]). Es versteht sich aber freylich wohl von selbst, daß hier nur von dem Falle die Rede sey, wenn der Beklagte seine **exceptio doli** blos darauf gründen wollte, daß der Kläger die Bezahlung eines Gegenstandes verlange, den der Beklagte nicht empfangen hat. Denn sollte der Beklagte wirklich zur Ausstellung der Handschrift selbst **dolose** inducirt worden seyn, und also die entgegengesetzte Einrede eine **exceptio doli specialis** seyn; so leidet es keinen Zweifel, daß dieser Exception, ohne auf den Ablauf des Bienniums Rücksicht zu nehmen, zu jeder Zeit Statt gegeben werden müsse [68]).

Einen

67) S. *Gottl. Eus.* Oeltze Diss. qua expenditur quaestio, an et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? *Ienae* 1766. Cap. II. §. 29.

68) S. *Arn.* Vinnius Selectar. iuris Quaestion Lib. I. cap. 41. pag. 107. Wernher Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 6. nr. 6.

Einen Fall nehmen jedoch die Gesetze aus, wo der Ablauf des Bienniums für den Aussteller des Chirographums unschädlich ist. Dieser Fall tritt bey den Minderjährigen ein. Zu Gunsten derselben hat Justinian *L. 5. Cod. In quib. causis in integrum restitut. necessaria non est.* Folgendes verordnet:

Sancimus, favore imperfectae aetatis ***exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere;*** **ne, dum in integrum restitutionem expectamus, vel aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel substantia eius subvertatur.**

Es können jedoch auch Grosjährige aus rechtmäßigen Ursachen, z. B. wegen der Abwesenheit, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf des Bienniums erhalten, wie aus *L. 14. pr. Cod. de non num. pecun.* erhellet, wo Justinian sagt:

His scilicet, qui ***propter aliquas causas*** **specialiter legibus expressas** ***etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur*****, etiam in posterum, (licet biennium pro quinquennio statutum est)** ***eodem auxilio potituris.***

Ob die Lehre des Römischen Rechts von der **exceptio N. N. P.** noch heutiges Tages anwendbar sey, ist eine Frage, welche hier um so mehr einer Erörterung bedarf, da die Urtheile der heutigen Rechtsgelehrten darüber so ver-

n. 6. et. Supplem. ad h. Obs. et P. II. Obs. 355. nr. 2. et 3. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. in fin. und Pfeiffer in den angef. vermischten Aufsätzen S. 184. not. n.

verschieden sind. Einige[69]) wollen den heutigen Gebrauch der privilegirten Ausflucht des nicht gezahlten Geldes darum läugnen, weil sie den deutschen Sitten und Gesetzen nicht gemäß sey. Denn nur die Römer hätten sich ordentlicher Weise die Handschrift vorher ausstellen lassen, ehe die Auszahlung des Capitals erfolgt sey; hingegen bey den Deutschen pflege Auszahlung des Geldes und Ausstellung der Handschrift zu gleicher Zeit zu geschehen. Sodann erlaube auch die nach deutschen Rechten erweiterte **fides pactorum** nicht, von dem Privilegium jener Einrede Gebrauch zu machen. Deswegen habe man von jeher bey den Deutschen den Handschriften, welche ein Schuldbekenntniß enthalten, und welche man insbesondere Handfesten genennt habe, eine vollkommene Beweiskraft, ja fast noch eine größere, als den Zeugen, beygelegt, wie das deutsche Rechtssprichwort beweise: Briefe sind besser denn Zeugen[70]). Widersprechend wäre es demnach, demjenigen, welcher ein Darlehn erhalten zu haben, schriftlich bekannt hat, den Widerruf seines Bekenntnisses zu gestatten; da nach deutschen Reichsgesetzen auf die bloße Vorzeigung der Obligation wider den Schuldner sogleich mit Execu-

69) S. Joh. Pet. von Ludewig gelehrte Anzeigen (Halle 1743. 4.) 1. Th. 238. Stück S. 1067. ff. und Oeltze Diss. cit. an et quatenus litter. obligatio in Germ. locum habeat Cap. III. §. 33. sqq.

70) S. Schwäbisches Landrecht Kap. 299. §. 2. nach der Bergerschen u. Kap. 305. Nr. 6. nach der Königsthalschen Ausgabe. Man vergleiche Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 6. Abth. Nr. XVIII. S. 536. ff.

Execution verfahren werden soll[71]). Schütze dennoch der Beklagte vor, auf die ausgestellte Handschrift kein Geld erhalten zu haben, so müße ihm der Beweis auferlegt werden. Denn er habe die Vermuthung gegen sich. Dem allen ungeachtet gelte aber doch der römische Litteralcontract in Deutschland. Denn dieser beruhe auf der Lehre von der Verjährung, und diese sey auch in Deutschland recipirt. Das deutsche und römische Recht lasse sich auch ganz wohl mit einander vereinigen. Denn nach jenem beweise die Handschrift auch unter zwey Jahren vollkommen wider den Aussteller, bestreite derselbe dennoch die Richtigkeit des Inhalts, so müsse er den Beweis seiner Einrede übernehmen. Nach dem letztern hingegen bringe die Handschrift nach zwey Jahren eine neue Verbindlichkeit hervor, und bewirke eine neue Klage, wogegen nun die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht mehr Statt finde. Andere[72]) hingegen tragen kein Bedenken zu behaupten, daß die Lehre von der **exceptione N. N. P.** und der nach zwey Jahren aus einem Chirographum entspringenden Litteralverbindlichkeit auch noch heut zu Tage ganz in dem Maaße zur Anwendung kommen müsse, wie sie in dem römischen Rechte be-

71) Jüngst. Reichsabsch. §. 174. Man s. auch HEINECCII Elem. iuris german. Tom. II. Lib. III. §. 202. sqq.

72) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 6. REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones Vol I. Obs. 42. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 250. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 880. u. f. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. *Io.* SLÜTER Diss. de exceptione non numeratae pecuniae non privilegiata. *Giessae* 1742. §. 22. sqq. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 25. und Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen S. 176. ff.

bestimmt ist, wofern ihr nicht besondere deutsche Gesetze entgegen sind [73]). Allein weder die erste noch die zweyte Meinung verdient Beyfall. Die richtigere Meinung, welche auch von den meisten heutigen Rechtsgelehrten [74]) behauptet wird, geht dahin, daß vor Ablauf des in dem römischen Recht bestimmten Bienniums die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes noch heut zu Tage gegen ein Chirographum mit eben der Wirkung vorgeschützt werden könne, welche ihr in dem römischen Rechte beygelegt ist, weil der allgemeine Grund des Gesetzes, den Mißbrauch ausgestellter Schuldscheine zu verhindern, noch jetzt der nämliche bleibt. Dahingegen muß nach heutigem Rechte dem Beklagten die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch noch nach

73) Ein Beyspiel hiervon giebt das Preußische Landrecht, nach welchem die Wirkungen eines ausgestellten Schuldscheins durchaus wieder in die Grenzen zurückgeführt sind, welche ein jedes andere schriftliche Bekenntniß hat. Er begründet nämlich die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann. Es gilt also auch das Geständniß des empfangenen Geldes gegen den Aussteller, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Zeitverlauf, so weit er nicht das Gegentheil zu erweisen im Stande ist. S. 1. Th. 11. Tit. 7. Absch. §. 732. ff. Noch andere Beyspiele hat VINNIUS in Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 41. in fin.

74) S. Christ. Wilh. Wehrn theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 8. Not. 12. S. 15. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. Stück Nr. 9. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 5. Band. Meditat. 272. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 858. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2048. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 3. B. §. 1180.

nach Ablauf der gesetzlichen Zeit gestattet werden, im Fall er nämlch den Beweis hiervon zu führen bereit und im Stande ist. Dies ist nicht nur der heutigen Praxis gemäß [75]), sondern es läßt sich diese Meinung auch nach wahren theoretischen Gründen vollkommen rechtfertigen. Das Canonische Recht, welches immer in Collisions-Fällen den Vorzug vor dem Römischen Rechte behauptet, so weit nicht der Gerichtsgebrauch ein anders mit sich bringt, stellt hierin andere dem römischen Rechte derogirende Grundsätze auf. Nach dem Canonischen Recht [76]) findet nämlich keine Verjährung Statt, wenn derjenige, welcher sie vorschützen will, im bösen Glauben ist, und ein Gesetz, welches den Betrüger begünstiget, kann nach den Vorschriften desselben keine moralische Sanction haben. Dies würde aber hier der Fall seyn, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung dem Aussteller, welcher nach Ablauf der gesetzlichen Frist die Einrede des nicht gezahlten Geldes vorbrächte, und solche auch zu beweisen im Stande wäre, damit zurückweisen wollte, daß jene Einrede nun nicht mehr Statt finde, sondern verjährt sey. Billig verdient auch hierin das Canonische Recht den Vorzug vor dem römischen, da es den Richter in den Stand setzt, dem Betrogenen zu helfen, und eben dadurch die Rechte der gesunden Vernunft und der

75) **Mevius P. II. Decis. 22. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 64. §. 3. de Cannegiesser Decision. Hasso-Cassell. Tom. I. Decis. 13. nr. 5. und Tom. II. Decis. 248. nr. 17. Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. 301. und 302. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät. 1. Band Nr. VII. S. 65.**

76) *Cap. fin. X. de praescript.*

der Moral zu handhaben. In dieser Hinsicht wird nun heut zu Tage die **exceptio N. N. P.** obwohl freylich gegen den römischen Sprachgebrauch in die privilegirte und nicht privilegirte eingetheilt[77]). Wird sie nämlich vorgeschützt, ehe der Schuldschein das gesetzliche Alter von zwey Jahren erreicht hat, so daß der Kläger die Numeration beweisen muß, so wird sie *exceptio N. N. P. privilegiata* genennt. Wenn sie hingegen erst nach dem Ablauf der gesetzlichen Zeitfrist opponirt wird, und der Beklagte den Beweis derselben übernehmen muß, so heißt sie *non privilegiata*. Es ergiebt sich nun also hieraus, daß der römische Litteralcontract in Deutschland wegfällt. Allein nun entsteht die Frage, ob der Beweis, welcher bey der unprivilegirten **exceptio N. N. P.** dem Beklagten obliegt, auch durch Eideszuschiebung geführt werden könne? Auch darüber wird gestritten. Nach der Vorschrift der Gesetze, und nach dem Ausspruch der Vernunft muß diese Frage schlechterdings verneint werden[78]). Es gilt hier den Widerruf eines schriftlichen Eingeständnisses. Ein solches Bekenntniß konnte vor Justinian nicht anders widerlegt werden, als durch einen mit klaren Documenten geführten Beweis vom Gegentheil desjenigen was

77) S. *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. utrum divisio exceptionis non numeratae pecuniae in privilegiatam et minus privilegiatam defendi possit? *Lipsiae* 1768.

78) Man vergleiche Meurers jurist. Abhandlungen und Beobachtungen 1. Samml. 2. Aufsatz 1. Kap. S. 31. ff. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. XLVI. §. 12. S. 376. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 469. in fine.

was in dem Eingeständniß enthalten war[79]). Justinian[80]) gieng zwar weiter, und ließ auch unverwerfliche Zeugen zu. Auf keine Weise aber kann eine Eidesdelation zugelassen werden. Dies lehrt die Vernunft. Denn wer einmal eingestanden hat, kann ja dem Andern nicht mehr zumuthen, noch einen Eid darüber abzulegen, daß das Eingestandene wahr sey. Allein in der Praxis läßt man gleichwohl die Eidesdelation in Gemäßheit des Canonischen Rechts als ein Beweismittel zu[81]).

Zuletzt muß ich noch einer Meinung gedenken, welche viele[82]) behaupten, nämlich daß die **exceptio N. N. P.** nicht blos beym Darlehn, sondern auch in allen übrigen Realcontracten, die durch die Dation erst ihre wesentliche Vollkommenheit erhalten, nur das Depositum ausgenommen, mit gleicher Wirkung Statt habe. Ganz allgemein, sagt man,

79) *L.* 25. §. 4. *D. de probat.* *L.* 13. *Cod. de N. N. P.*

80) *L.* 14. *C. de contrah. vel committ. stipulat.*

81) *Cap.* 14. *X. de fide instrumentor.* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 64. §. 8. Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Theil Resp. 301. und 302. *de* Cannegiesser Decision. Hasso-Cassell. Tom. II. Deciss. 248. nr. 17. von Bülows u. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Th. 2. Erört. §. 3. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 858. Not. 7. S. 911. Thibaut Syst. des P. R. 3. B. §. 1180. Not. 100.

82) *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 23. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 63. Meurer in den jurist. Abhandlungen 2. Aufsatz 3. Kap. S. 42. ff. Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des Privatrechts S. 138. ff. Thibaut Syst. des P. R. 3. B. §. 1180. S. 100.

man, rede die Verordnung Justinians *L.* 14. *pr. Cod. de non num. pecun.* worin es heißt:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscriabuntur, — non numeratae pecuniae exceptionem obiicere potest, qui accepisse pecunias, vel alias res scriptus sit.

Dies leide keine Einschränkung auf Instrumente über Darlehn und Brautgabe. In dem nämlichen Gesetz werden nur *instrumenta depositarum rerum* von der Sanction ausgenommen. Die Regel in Ansehung aller übrigen Realcontracte werde also hierdurch deutlich bestätiget. Allein eigentlich war hier Justinians Absicht nicht, das exorbitante Privilegium der **exceptio N. N. P.** noch mehr auszudehnen, sondern zu beschränken, und das Quinquennium in ein Biennium zu verwandeln. Nun sagt *L.* 5. *C. de N. N. P.* ausdrücklich:

Ignorare non debes, ***non numeratae pecuniae exceptionem*** **ibi locum habere,** ***ubi quasi credita pecunia petitur.***

Hierzu kommt, daß bey allen übrigen Realcontracten auch der Grund der gesetzlichen Verordnung wegfällt. Beym Darlehn ist wohl der Fall möglich, daß Jemand im Drang seiner Bedürfnisse eine Handschrift in der Hoffnung ausstellt, Geld zu erhalten. Auch mag wohl ein Bräutigam, um desto eher zu dem Besitz der Braut zu gelangen, zuweilen den Empfangschein über das Heyrathsgut aushändigen, ehe ihm noch solches überliefert worden ist. Allein bey andern Contracten, welche erst durch die Dation und Numeration ihre wesentliche Vollkommenheit erhalten, fallen diese Motive weg. Daß bey diesem die

ex-

exceptio N. N. P. nicht Statt finde, sagt auch das Gesetz ganz deutlich. Denn in dem §. 1. der angeführten *L.* 14. *Cod. de N. N. P.* heißt es:

Sed quoniam *securitatibus* et *instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum*, talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse perspeximus, huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. Ideoque sancimus, *instrumento quidem depositionis certarum rerum, vel certae pecuniae, securatibusque publicarum functionum, sive in solidum sive ex parte soluta esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte, vel in solidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.*

Daß hier nur des Depositums gedacht wird, berechtiget uns nicht zu der Schlußfolge, daß es beym Commodatum oder Pfandrecht anders seyn solle. Denn hier tritt der Grund noch viel stärker ein, warum beym Depositum die Exceptio N. N. P. nicht Statt findet[83]). Setzt der Beklagte bey diesen Contracten dem Kläger die Einrede ent-

84) Man vergleiche *God. Lud.* MENCKEN Diss. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipsiae* 1749. §. 18 — 21. OELTZE Diss. an et quatenus litterar. obligatio in Germ. locum habeat? § 27. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 855. und §. 858. Nr. 2. und EMMINGHAUS ad *Cocceji.* ius civ. controv. h. t. Qu. 23. not. v.

entgegen, er habe den geklagten Gegenstand nicht erhalten, so muß zwar freylich auch der Kläger den Grund seiner Klage erweisen, allein der Empfangschein beweißt wider den Beklagten, und er kann dessen Beweiskraft anders nicht, als durch **liquidas ac manifestissimas probationes** entkräften [84]).

Lib. XII.

84) *L.* 25. §. 4. *D. de probat. L.* 13. *Cod. de non num. pecun. L.* 6. *Cod. de compensat.*

Lib. XII. Tit. II.

De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali.

§. 789.

Zusammenhang dieses Titels. Begriff des Eides.

Man hätte erwarten sollen, daß, nach der Lehre vom Darlehn, nun die übrigen Realcontracte gefolgt wären. Allein, statt derselben, werden wir uns noch eine Zeitlang mit andern Materien unterhalten müssen. Es folgt die Lehre vom Eide, als rechtliches Mittel, Prozesse zu schlichten, betrachtet. In dem *Edicto perpetuo* wird an zwey verschiedenen Orten vom Eide gehandelt. Zuerst nach dem Titel **de interrogationibus in iure** vom *iuramento voluntario*, und dann nach dem Titel **de rebus creditis** vom **iuramento necessario** [85]). Beyde Edicte haben die Verfasser der Pandecten zusammengezogen, und handeln hier die Lehre vom Eide in ihrem Zusammenhange ab. Warum aber gerade hier? Weil beym Darlehn, so wie bei den übrigen Realcontracten, immer dem Kläger der Beweis obliegt, wenn der Beklagte den Empfang des Gegenstandes läugnet, und in solchen Fällen,

85) S. Heineccii Opusc. postum ad historiam Edictor. edictique perpetui spectant. pag. 522. sqq.

len, wegen der Schwierigkeit des Beweises, der Eid oft das einzige Mittel ist, den Prozeß beyzulegen. Daher heißt es *L.* 1. *D. h. t.*

Maximum remedium expediendarum litium in usum venit *iurisiurandi religio:* qua vel *ex pactione ipsorum litigatorum*, vel *ex auctoritate iudicis*, deciduntur controversiae.

Es ist hier nicht blos, wie Anton Faber[86]) glaubt, von der Eidesdelation die Rede, welche sowohl außergerichtlich, als unter Auctorität des Richters geschehen kann. Nein, Cajus will hier die Gründe angeben, aus welchen der Eid, als ein Mittel, einen Rechtsstreit zu entscheiden, betrachtet werden kann. Den einen setzt er in dem Vertrage der Partheyen, vermöge welchen sie sich dahin vereinigen, daß dasjenige, was der andere Theil beschwören wird, für wahr angenommen werden soll; den andern aber in dem Urtheil des Richters, wodurch er, wegen Mangels eines zur Entscheidung hinreichenden Beweises, selbst den Eid einer streitenden Parthey auflegt. Es wird also hier, wie Gerhard Noodt[87]) ganz richtig bemerkt, auf beyde Arten des Versicherungseides gedeutet; den freywilligen, den eine Parthey der andern anträgt, und von welchem sie vertragsmäßig die Entscheidung ihrer Sache abhängig machen;

M 2 und

86) **Rational. in Pand. h. t. ad L. 1. cit.**

87) **Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 279.** Man sehe auch ***Ge. Lud.* Boehmeri Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque. *Goettingae* 1772. §. 1.**

und den nothwendigen, welchen der Richter, zur Entscheidung des Rechtsstreits, im Falle eines geführten unvollständigen Beweises, einer Parthey auflegt. Diese Erklärung bestätigen auch die Basiliken[88]), in welchen die *L.* 1. *D. h. t.* auf folgende Art lautet: Ορκος ἐπιφερόμενος, ἢ παρὰ τοῦ ἀντιδίκου, ἢ παρὰ τοῦ δικαστου, τέμνει τὴν ἀμφίσβήτησιν. i e. ***Iusiurandum, sive ab adversario, sive a iudice delatum, controversiam decidit.*** Ob nun gleich Cajus in der erklärten Gesetzstelle nur von zwey Hauptarten des Eides redet, so werden dennoch in der Ueberschrift dieses Titels drey angegeben: **iusiurandum *voluntarium, necessarium*** und ***iudiciale.*** Welche Arten der Eide durch diese Ueberschrift angedeutet werden, darüber sind die lateinischen und griechischen Ausleger verschiedener Meinung. Die Glossatoren, denen auch Zasius[89]), Voet[90]), Wesenbec[91]) und fast die meisten Commentatoren gefolgt sind, verstehen unter dem erstern immer einen außergerichtlich angetragenen, unter dem andern den vom Richter auferlegten, und unter dem letzten denjenigen Eid, den eine Parthey der andern vor Gericht deferirt. Mit dieser Erklärung stimmt zwar Stephanus[92]), jener griechische Interpret der Basiliken, in so weit überein, daß er unter dem ***iuramento voluntario*** denjenigen Eid versteht, welcher außergerichtlich nach Art eines Vertrags deferirt wird. Allein darin weicht er von den lateinischen Auslegern ab, daß

88) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 118.

89) Ad rubr. Tit. Dig. de iureiur. nr. 41. sqq.

90) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 7.

91) Paratitl. Dig. h. t. nr. 7. et 10.

92) Ad Basilica Lib. XXII. Tit. 5. Const. 1. Tom. III. pag. 140.

daß er ***iuramentum necessarium*** den Eid nennt, welcher dem Deferirenden zurückgeschoben worden ist, und welcher daher von jenem bey Verlust des Prozesses geschworen werden muß, unter dem ***iuramento iudiciali*** aber den Eid versteht, welchen der Richter, ohne Antrag der Parthey, aus eigener Bewegung auferlegt. Dieser Erklärung des Stephanus giebt Merillius[93]) allein den Vorzug. Pothier[94]) hingegen, so wie auch Maranus[95]) und Noodt[96]) verstehen mit Attaliata[97]) unter dem ***iuramento voluntario*** denjenigen Eid, welchen ein Theil dem andern, gerichtlich oder außergerichtlich, deferirt, im übrigen stimmen sie der Erklärung des Stephanus bey. Diese letztere Meinung hält zwar Heineccius[98]) für die wahrscheinlichste. Allein die Erklärung der Lateiner scheint mir dennoch dem römischen Sprachgebrauche und der Meinung der Justinianeischen Compilatoren bey weitem angemessener zu seyn, wie auch Koch[99]) dafür hält.

Soviel nun hiernächst den Begriff des Eides anbetrifft, so sind die Ideen der Rechtsgelehrten sowohl als der Phi-

93) Observation. Lib. III. cap. 13. et Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 18. Fast eben so *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XXXIX. Th. 1.

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. 1.

95) Paratitl. Dig. h. t. pag. 294.

96) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 279.

97) *Synops. Basilicor.* Tit. 18.

98) Diss. de lubricitate iurisiurandi suppletorii §. 6. et 7. (in *Opusculor. varior. sylloge.* Exercitat. XVI. pag. 623. sqq.)

99) Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. *Giessae.* 1782. §. 3.

Philosophen darüber sehr verschieden[100]). Gewöhnlich versteht man darunter eine Betheuerung, welche unter Anrufung Gottes zum Zeugen der Wahrheit und Rächer der Unwahrheit geschieht. Nicht nur unser Verfasser, sondern unter den neuern auch Georg Ludw. Böhmer[1]), Malblanc[2]), Koch[3]), Pohl[4]) und Herr von Globig[5]) bil-

100) Außer Malblancs klassischem Werke de iureiurando. *Norimbergae* 1781. 8. und den schon an einem andern Orte dieses Commentars 4. Th. §. 341. Not. 27. S. 542. angeführten Schriften, verdienen hier noch folgende bemerkt zu werden. F. W. Oesfeld über die Eidesleistungen. Berlin 1779. Justus von Schmidt genannt Phiseldek über den Eid. Helmstädt 1798. Joh. Ernst Christ. Schmidts Gedanken über den Eid, nebst einem Nachtrage von Grolman, in Desselben Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung 1. Bandes 2. Heft Nr. III. et IV. S. 99. u. ff. Flavius (Joh. Gottfr. Steinhäuser) vom Eide. Leipzig 1785. Jos. Maria Schneidt der Eid, aus dem Gesichtspunct der gesetzgebenden Klugheit betrachtet. Würzburg 1785. 8. Carl Gottl. Anton philosophische Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid. Leipzig 1803. und Christ. Gottl. Konopak über den Eid, in Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrs. in den Preuß. Staaten 11. Band S. 199. ff. Die Gesetze dieses Titels der Pandecten erläutert *Guil.* Barclaius in Comm. ad Tit. Pand. de iureiur. in *Ev.* Ottonis *Thes. iuris Rom.* Tom. III. pag. 910. sqq. Ueber den Titel des Codex de rebus credit. et iureiur. aber hat *Ianus a* Costa in Praelect. ad illustrior, quosd. titulos, locaque selecta iuris civ. pag. 144. sqq. commentirt.

1) Princip. iuris canon. §. 329.

2) Doctr. de iureiur. §. 6.

billigen diesen Begriff, und zwar vorzüglich aus dem Grunde, weil er mit der Vorstellung der meisten Menschen vom Eide übereinstimme. Allein dagegen ist schon von andern [6]) erinnert worden, daß die Berufung auf Gottes Zeugniß, so wie die ausdrückliche Aufforderung Gottes zur Strafe weder zur Bestimmung des Begriffs vom Eide nothwendig erfordert werde, noch auch überhaupt schicklich, und der Majestät des höchsten göttlichen Wesens anständig sey. Es soll vielmehr durch den Eid blos das deutliche Bewußtseyn der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, oder sein Versprechen zu halten, bey dem Schwörenden auf eine Art erweckt werden, daß man mit größerer Sicherheit erwarten kann, in dem Zutrauen auf die Wahrhaftigkeit des Versichernden nicht getäuscht zu werden [7]). Nun können die Gründe, um deren Willen man einer gegebenen Versicherung

3) Diss. cit. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti §. 1.

4) Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati. *Lipsiae* 1786. §. 1.

5) Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen u. gerichtl. Beweises 2. Th. S. 19. und S. 95.

6) S. *Car. God. de* Winckler Flores sparsi ad doctrinam de iureiurando. *Lipsiae* 1789. Obs. 1. et 2. Anton philosoph. Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid S. 4. u. ff. und Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 372. Not. n. S. 455. f.

7) In dieser Rücksicht sagt Kleinschrod in Specim. resolv. quaestionum: Num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque, interveniente morte acceptantis, haberi pro praestito queat? *Wirceburgi* 1798. §. 9. Iusiurandum est *solemnis declaratio, qua quis scire se profitetur, et notum habere, impositum sibi a religione, cui adhaeret, officium, colendi semper veritatem.*

rung traut, von zweyerley Art seyn. Entweder blos relative, weil die Versicherung gerade von dem Individuum geschieht, das sie giebt, und weil sie in Beziehung auf ein Verhältniß gegeben wird, von dem man überzeugt ist, es sey der versichernden Person zu theuer, als daß sie es durch Falschheit entheiligen werde; oder absolute Gründe, das heißt, solche, die vernünftigerweise bey jedem Menschen für mächtig gehalten werden müssen, ihn zur Aussage der Wahrheit und Haltung seines Versprechens zu vermögen, nämlich das Verhältniß des Menschen zu demjenigen, den er in seinem Innern als den unbestechlichen Richter und Vergelter seiner pflichtgerechten und pflichtwidrigen Handlungen anerkennt, — zu Gott dem Allsehenden, Gerechten, und Allmächtigen. Nur solche Gründe sind es, welche der Eid enthält, der also nach seinem wahren Begriff in einer durch Berufung auf Gott, als den Allwissenden und Gerechten, gegebenen Versicherung besteht[8]). Eine Betheurung, welche dadurch geschieht, daß die Glaubwürdigkeit einer Sache in eine Beziehung auf etwas anders gesetzt wird, was, außer dem höchsten Wesen, für den Versichernden einen besondern Werth oder Heiligkeit hat, wird zwar auch ein Eid genennt, aber doch nur im allgemeinen oder uneigentlichen Sinn des Worts. So z. B. kann man bey seiner Ehre und Treue, bey seinem Leben, bey seiner Gesundheit, oder auch bey dem Leben und der Wohlfahrt einer andern uns vorzüglich theuren oder ehrwürdigen Per-

8) S. Antons philos. Prüfung der verschied. Meinungen über den Eid. S. 3. Gros Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft. §. 235. und Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 55.

Person schwören [9]). So schwur Joseph bey dem Leben des Königs Pharao [10]). Die Römer schwuren zur Zeit des Heidenthums beym Genius des Kaisers [11]), nach Einführung des Christenthums aber bey dem Haupt, Leben und Wohlfahrt des Kaisers [12]). Der Mennonit versichert bey Mannenwarheit. Daß auch eine solche Betheurung die Kraft eines Eides wenigstens insoweit habe, als die Gesetze ihr dieselbe beygelegt, oder die Partheyen sich hierüber vertragsmäßig verglichen haben, leidet keinen Zweifel.

9) Hierauf nimmt Thibaut im Syst. des P. R. 1. Th. §. 113. der neuesten Ausgabe Rücksicht, wenn er sagt: unter dem Eide sey jede Betheurung unter Anrufung eines heiligen oder ehrwürdigen Gegenstandes zu verstehen. Man sehe auch Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 118. der neuesten Auflage.

10) 1. Buch Mosis *XLII. v.* 15.

11) *L.* 13. §. 6. *D. de iureiur.* Si quis iuraverit in re pecuniaria *per genium Principis*, dare se non oportere, et peieraverit; vel dari sibi oportere; vel intra certum tempus iuraverit se soluturum, nec solvit: Imperator noster cum Patre rescripsit, fustibus eum castigandum dimittere, et ita superdici: προπετῶς μὴ ὄμνυε, id est, *temere ne iurato.* S. *Alb. Phil.* Frick Disquisit. de iuramento per genium principis. *Helmstadii* 1768. 4.

12) Tertullianus *Apologet. cap.* 32. bezeugt dies, wenn er daselbst sagt: Sed et iuramus, sicut non *per genios Caesarum*, ita *per salutem eorum*, quae est augustior omnibus geniis. Man sehe auch *L.* 41. *Cod. de Transact.* Zosimus Lib. V. cap. 49. et 51. gedenkt des unter Honorius üblich gewesenen Eides *per caput imperatoris*, und sagt von demselben in einem gewissen Falle: Ἐπεὶ δὲ κατὰ τῆς τοῦ βασιλέως ὀμωμόκεσαν κεφαλῆς, οὐκ εἶναι θεμιτὸν αὐτοῖς εἰς τὸν τοσοῦτον ὅρκον ἐξα-

fel[13]). Ulpian sagt *L.* 5. *pr. D. h. t.* **Quod si exegi, ut *per salutem tuam* iurares, et iurasti, stabitur: *omne enim omnino licitum iusiurandum, per quod voluit quis sibi iurari, idoneum est: et, si ex eo fuerit iuratum, Praetor id tuebitur.*** Dahingegen sagt eben dieser römische Jurist *L.* 33. *D. eodem.* **Qui *per salutem suam* iurat, licet *per Deum* iurare videtur, (respectu enim divini numinis ita iurat,) *attamen, si non ita specialiter iusiurandum ei delatum est, iurasse non videtur: et ideo ex integro solenniter iurandum est.*** So wird auch die Versicherung des Mennoniten bey Mannenwahrheit dem Eide gleichgeachtet, und begründet Eidespflicht[14]). Außerdem aber kann eine unter Berufung auf Ehre, Treue, und

ἐξαμαρτεῖν. i. e. ***Sed quoniam per imperatoris caput iuratum est, a tanti iuramenti religione recedere nullo modo fas est.*** Carl der Große verbot jedoch diesen Eid. Man sehe dessen Verordnung in *Pet.* Georgisch Corp. iur. german. pag. 1164.

13) S. Stryk Us. mod. Pand. h. t. § 6. *de* Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 7. et 8.

14) S. Reichs-Visitationsschluß vom Jahr 1768. in Balemanns Sammlung der Visitationsschlüsse die Verbesserung des Kaiserl. Reichskammergerichtl. Justizwesens betreffend. S. 86. Bey andern Personen, als den Mennoniten, findet dieses nicht Statt, auch nicht bey den Herrnhutern. S. Tittmanns Handbuch des peinlichen Rechts 2. Th. §. 373. Not. x. S. 459. Auch selbst bey den Mennoniten nur dann, wenn ihnen vom Gegentheil der Eid deferirt, oder vom Richter aufgelegt wird. Denn gegen einen Dritten hat ihr Zeugniß nicht die völlige Wirkung eines beschwornen Zeugnisses, so daß darauf in einer wichtigen Sache ein verdammendes Urtheil gebauet werden könnte. S. Malblanc Doctr. de iureiurando. §. 7. pag. 19. §. 113. pag. 492.

und dergleichen geschehene Versicherung in Absicht auf die rechtlichen Wirkungen für keinen Eid gehalten werden[15]). Denn bey allen diesen kommt es blos auf die relativen Gesinnungen an, welche der Mensch von ihnen hat, der das Versprechen oder die Aussage thut. Wenn hingegen der Mensch unter ausdrücklicher Berufung auf Gott, als den Allwissenden und Gerechten, an den er glaubt, und den er als seinen Richter und Vergelter anerkennt, etwas betheuert, dann hat er sich die Verbindlichkeit auferlegt, die ihn zur unverbrüchlichsten Wahrheit und Beständigkeit auffordert, und den Staat zum unzweifelhaftesten Glauben an seine Versicherung berechtiget. Zum eigentlichen Begriff des Eides ist also ausdrückliche Berufung auf Gott erforderlich. Wie sich der Mensch die Gottheit denkt, ist gleichgültig[16]). Daher ist auch der Schwur, den ein Heide auf das von ihm als Gott verehrte Wesen ablegt, vollkommen hinreichend, um die Eidespflicht zu bewirken[17]).

Genug

15) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 332. und Tittmann in dem angef. Handbuche des P. R. 2. Th. §. 372. S. 456. Anderer Meinung ist zwar *Ant.* MATTHAEUS de criminibus Lib. XLVII. Tit. ult. Cap. I. nr. 4. Man vergleiche jedoch *Herm.* ZOLL D. de promissionibus generosa fide vallatis. *Rintel* 1695. Cap. 6.

16) *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* sagt: iuriiurando, *quod propria superstitione iuratum est,* standum. Unser Erlanger Pandecten Codex lieset zwar hier, *non* standum. Eben so Baudoza. Allein unrichtig. Das Ansehen des Florentinischen Codex und der Basiliken Tom. III. pag. 119. widerstreitet. S. IAUCH Meditat. critic. de negationibus Pandect. pag. 20. In dem Gebauerschen Corpus iuris ist dieses nicht bemerkt worden.

17) S. MATTHAEUS de criminib. Lib. XLVII. Tit. ult. Cap. I. nr. 1.

Genug wenn der Schwörende die Gottheit, welche er anruft, als ein über ihn gebietendes Wesen anerkennt. Ueberhaupt aber kommt es bey der Bestimmung des Begriffs vom Eide blos auf die Erinnerung an Gott und seine Gebote an. Eine Verzichtleistung auf Gottes Gnade, auf zeitliche und ewige Glückseligkeit [18]), ist dazu nicht erforderlich, und enthält, wie Garve [19]) mit Recht sagt, eine Ungereimtheit und eine Unmöglichkeit. „Eine Ungereimtheit, weil kein Mensch seiner Glückseligkeit, und dem, was er dazu für nothwendig hält, entsagen, noch seinen Willen dazu geben kann, ewig elend zu seyn. Eine Unmöglichkeit, weil ja Gottes Rathschlüsse und Verfahren in Absicht des Menschen sich nicht nach dessen ausgesprochenen Worten, oder nach seiner Einwilligung richten." Es ergiebt sich aus dem allen, daß Cicero [20]) das Wesen des Eides ganz richtig bestimmt, wenn er sagt: *iusiurandum* **est affirmatio religiosa**, d. i. eine durch Religion verstärkte Versicherung. Er kann hierunter, wie auch Garve

18) Daher ist der Begriff, den Schmidt genannt Phiseldeck in der angef. Abhandlung über den Eid §. 2. giebt, wenn er sagt, der Eid sey eine feyerliche Bekräftigung irgend einer Behauptung, bey welcher der Schwörende auf den Fall des vorsätzlichen Hintergehens sich derjenigen Wohlthaten ausdrücklich begiebt, die er vermöge seiner Religionsgrundsätze von der Gottheit hofft, wie er selbst Not. *. S. 3. einräumt, nicht philosophisch richtig. Siehe auch Antons philosoph. Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid. S. 4. u. 5.

19) In den philosoph. Anmerkungen u. Abhandlungen zu Cicero's Büchern von den Pflichten. 3. Buch. S. 275. ff.

20) *De officiis Lib. III. cap.* 29.

ve[21]) bemerkt, nichts anders anzeigen wollen, als daß die höhere Verbindlichkeit des Eides entweder aus der stärkern Bekräftigung herkomme, welche in der Berufung auf Gott liegt, oder aus dem größern Gewichte, welches alle Pflichten durch das Andenken an denselben bekommen. Die Richtigkeit dieser Bemerkung ergiebt sich aus folgenden Worten, die hier einen Platz verdienen. *Quod autem affirmate, quasi Deo teste, promiseris*, sagt Cicero, *id tenendum est. Iam enim non ad iram Deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet.*

§. 790.

Materie und Form des Eides. Was wirkt eine Versicherung an Eides Statt?

Das Wesentliche bey einem Eide, oder die Materie desselben besteht nun in einer bestimmten Berufung auf Gott, als den Allwissenden und Gerechten. Mit welchen Ausdrücken und Umschreibungen dieses geschieht, ist gleichviel. Jedoch ist ein Unterschied zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Eidesleistungen. Bey den Eidesleistungen der ersten Art ist die Formel gewöhnlich vorgeschrieben. Sie fängt sich insgemein mit den Worten an: Ich schwöre zu Gott dem Allwissenden und Allmächtigen oder Gerechten; und schließt sich mit den Worten: So wahr mir Gott helfe, und sein heiliges Wort oder Evangelium[22]). Bey den außer-

21) Am angef. O. S. 274.

22) Diese Formel ist in dem Passauer Vertrage vom Jahr 1552. §. 10. und den Separat-Artikeln §. 3. ferner in dem

außergerichtlichen Eiden hingegen ist keine Schwörungsformel vorgeschrieben. Eine jede Formel ist also hier zulässig und gültig, welche **vim iurisiurandi** ausdrückt, in sofern nur die ernstliche Absicht, sich dadurch eidlich verbindlich machen zu wollen, daraus deutlich abzunehmen ist. Daß diese Absicht durch die Formel: bey dem Wort der ewigen Wahrheit, zu erkennen gegeben werde, leidet keinen Zweifel [23]). Eben dies ist von der Formel: So wahr ich denke selig zu werden, oder bey meiner Seelen Seligkeit, zu behaupten [24]), wenn gleich bey ge-

dem Reichsabschiede v. J. 1555. §. 107. und dem Concept der C. G. O. Th. 1. Tit. 71. den Katholiken und Augsburgischen Glaubensverwandten in Gemäßheit des *cap.* 4. *X. de iureiur.* vorgeschrieben. S. MALBLANC Doctr. de iureiurando §. 93. pag. 378. Ernst Ferd. Klein über die Schlußformel des Eides; in desselben vermischten Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit 1. Band St. 3. Nr. IV. u. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyseri* Meditat. ad Pand. Tom. II. Fasc. I. Obs. 302. Sollte jedoch der Richter auch eine andere gleichbedeutende Formel gebraucht haben, welche das Wesentliche eines Eides enthält, so ist darum die Ableistung des Eides nicht für ungültig zu halten. S. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß. S. 109. der neuesten Auflage (Magdeburg 1805.) und Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise §. 482.

23) Anderer Meinung ist zwar CARPZOV P. II. Const. XVI. Def. 6. Allein man sehe *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 58. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 2. und MALBLANC cit. Doctr. §. 7. pag. 16. Not. 5.

24) S. BOEHMERI Exercit. ad Pand. Tom. III. Exercit. L. Cap. 2. §. 14. not. gg. pag. 382. und Fried. von Bülow's und

gerichtlichen Eiden diese Formel nicht für hinreichend gehalten wird [25]). Bey außergerichtlichen Eiden wird auch die Formel: an Eides Statt für hinreichend gehalten [26]), sofern nicht die Gesetze oder der Gerichtsgebrauch in einzelnen Fällen auch bey außergerichtlichen Geschäften einen förmlichen Eid erfordern [27]). Denn derjenige, von dem eine Angelobung

unter

und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Erört. XXXIII. S. 177.

25) S. Hymmens Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. S. 83. und von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß 2. Abschn. 3. Kap. S. 110. der neuesten Auflage. Magdeburg 1805.

26) Vergl. *I. H.* Boehmeri ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 5. de Cocceji ius civ. controv. h. t. Q. 9. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24. §. 2. von Bülow's u. Hagemanns pract. Erörterungen 1. Band Erört. XXXIII. S. 177. Anderer Meinung sind zwar Berger in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 1. Not. 9. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXV. Cor. 2. und Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 15. S. 20. ff. Allein man sehe Müller in Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. 1. Obs. 302. pag. 57.

27) So z. B. ist die Formel nicht hinreichend, wenn von dem eidlichen Versprechen eines Minderjährigen die Rede ist, wodurch die Rechtswohlthat dieses Alters ausgeschlossen werden soll. S. Quistorps Beyträge Nr. 24. S. 378. Emminghaus ad *Cocceium* h. t. Qu. 9. not. z. Man vergleiche auch den 5. Th. dieses Commentars §. 458. S. 558. Man rechnet hierher gewöhnlich auch die eidliche Entsagung der Auth. *Si qua mulier*, wenn sich eine Ehefrau für die Schulden ihres Mannes verbürgen will. S. Leyseri Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXI. Cor. 3. *Fratr.* Bechmannorum Consil. et Decis.

unter dieser Formel geschieht, unternimmt sie eingedenk der Eidesformel, und unter der stillschweigenden Zusage, daß ihm die einfache Versicherung eben so heilig sey, als die förmliche[28]). Durch die Formel: an Eides Statt, wenn unter derselben z. B. eine Entsagung geschehen ist, wird daher unstreitig das Gewissen eben so stark verbunden, als durch jede andere Schwörungsformel, welche das Wesen des Eides enthält[29]). In den Gerichten wird jedoch eine Angelobung an Eides Statt nur bey geringfügigen und summarischen Sachen zugelassen[30]); und die Verletzung derselben wird auch nicht mit der ordentlichen Strafe eines wahren Meineides belegt[31]).

§. 791.

cis. P. I. Decis. 12. pag. 213. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. IV. Obs. 598. nr. 5. Allein außer Zweifel ist dieses nicht. Die Nothwendigkeit eines förmlichen und körperlichen Eides läugnen in diesem Falle PUFENDORF Tom. I. Obs. 43. §. 2. von Bülow u. Hagemann in den pract. Erörterungen 1. Band. Erört. 33. und Struben in den rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 24. §. 2.

28) S. Tittmanns Handbuch des deutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 373.

29) v. Bülow's u. Hagemanns pract. Erörterungen a. a. O. S. 177.

30) S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* l. c. Tom. II. pag. 146. not. x. und *Io. Christ.* HARTUNG Diss. de formula an Eides Statt. *Ienae* 1690. Th. 16.

31) S. Quistorps Grundს. des peinl. Rechts 1. Th. §. 135. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 419. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 98.

§. 791.

Feyerlicher oder körperlicher und nicht feyerlicher Eid.

In Ansehung der Art, wie der Eid geleistet wird, kann derselbe entweder ein feyerlicher oder nicht feyerlicher seyn, je nachdem derselbe entweder mündlich nach einer vorgeschriebenen Formel und mit gewissen äußerlichen Förmlichkeiten abgelegt wird, oder nicht. Die Formalitäten, welche bey einem solennen Eide zu beobachten sind, sind von zweyerley Art [32]).

I. Gewöhnliche. Zu diesen gehört

1) Die Erklärung des Eides, und Belehrung von der Wichtigkeit und Heiligkeit dieser Handlung, womit zugleich eine Warnung vor dem Meineide, und dessen bürgerlichen und geistlichen Folgen verbunden wird. In Absicht auf die Nothwendigkeit einer solchen Warnung gilt kein Ansehen der Person, und es ist ganz unrichtig, wenn einige [33]) die Warnung nur bey gemeinen, nicht hinlänglich aufgeklärten, oder verdächtigen Personen erfordern. Es ist vielmehr die Eideswarnung, zur Sicherung des Gegners desjenigen, der den Eid ableisten soll, ganz allgemein nicht nur als nützlich, sondern auch als nothwendig ein-

32) S. *Iac. Fried.* Ludovici Disp. de solennibus iuramentorum. *Halae* 1702.

33) *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 12. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß 5. Abschn. S. 265. der neuest. Aufl. und Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 480.

eingeführt, und dem Richter steht es nicht frey, blos nach seiner Willkühr, ohne die Einwilligung der Gegenparthey, eine Ausnahme von der Regel zu machen [34]). Nur in Ansehung der Art, wie sie geschieht, kommt es

a) auf die Qualität der Person an, die einen Eid schwören soll, indem sie freylich bey solchen Personen, bey denen man in Rücksicht ihres Standes, ihrer Erziehung und sonstigen bürgerlichen Verhältnisse keine vollkommen richtigen Begriffe von der Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides mit völliger Zuverlässigkeit voraussetzen kann, nachdrücklicher und ernstlicher geschehen muß, als bey solchen, welchen man desfalls bessere Begriffe zutrauen kann. Der höhere Stand an und für sich giebt jedoch hierin noch kein Vorrecht vor dem niedern Stande. Denn daß jenem eine strengere Gewissenhaftigkeit, und regere Gefühle der Pflichten gegen Gott und seinen Nebenmenschen mehr eigen wären, als dem niedern Stande, läßt sich wohl mit völliger Zuverlässigkeit nicht voraussetzen, da nicht selten bey dem letztern mehr wahre Moral und Religion angetroffen wird.

b) Auf die Qualität des Objects. Denn je wichtiger der Gegenstand des Eides ist, je größer daher die Versuchung zu einem Meineide ist, desto nachdrücklicher muß die Warnung geschehen.

c) Auf die Ursache der Eidesleistung, nämlich ob Jemand als Parthey, oder blos als Zeuge schwören soll,

34) Man vergleiche hier vorzüglich Fried. von Bülow's und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Erört. 15. S. 169. u. ff.

soll, da letzter insgemein weniger, als erster, interessirt ist[35]).

2) Leistung des Eides vor Gericht[36]). Ob er vor dem ordentlichen, oder vor dem commissarischen Richter abgelegt wird, ist gleichgültig[37]). Es muß nur der competente Richter seyn, bey welchem die streitige Rechtssache anhängig ist[38]). Der von einem incompetenten Richter abgenommene Eid hat nur die Wirkung eines außergerichtlichen[39]).

3) Mannspersonen müssen bey der Abschwörung die drey vordersten Finger der rechten Hand, den Daumen, Mittel- und Zeigefinger, aufheben, und zwar hat hier der Richter genau darauf zu sehen, daß der Schwörende die aufgereckten Finger einwärts gegen das Gesicht zu kehre, weil der gemeine Mann den Aberglauben hat, daß durch die entgegengesetzte Richtung der Finger die Folgen eines falschen Eides abgewen-

35) S. *Gust. Henr.* Mylii Diss. de officio iudicis et clerici in actu admonitionis de vitando periurio. *Lipsiae* 1737. Desfeld über Eidesleistungen §. 32. und Seiler über Eidesverwarnung zum Gebrauch in den Gerichten. Erlangen 1791. 4.

36) Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 107. „vor Richter oder Gericht." In der Regel muß der Eid an der ordentlichen Gerichtsstelle abgelegt werden, doch finden auch Ausnahmen Statt. S. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. 1. Th. §. 300. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise §. 485. u. Tittmanns Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 375. Not. b. S. 463.

37) Tittmann a. a. O. §. 375.

38) Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 477.

39) Tittmann a. a. O. S. 464.

gewendet werden könnten [40]). Frauenspersonen und Geistliche setzen diese Finger auf die linke Brust [41]).

4) Die Eidesformel muß dem Schwörenden vorgesagt, und von diesem deutlich von Wort zu Wort nachgesprochen werden. Ist der Schwörende stumm, so muß er sowohl den ganzen Inhalt des von ihm abzulegenden Eides, als auch die Eidesformel in Gegenwart des Richters niederschreiben und unterzeichnen [42]). Einer tauben Person wird der Inhalt des Eides und die Eidesformel schriftlich vorgelegt, und sie muß alsdann die letztere ablesen [43]). Von dieser vorgeschriebenen Formel, nicht, wie andere [44]) sagen, von der der Eidesleistung vorausgehenden Erklärung und Warnung, wird ein solcher Eid ein gelehrter Eid genennt [45]); von dem Vorsagen oder Vorlesen der Eides-

40) Thibaut Syst. des P. R. 3 B. §. 1155. und von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß 5. Abschn. S. 266.

41) Dieser Gebrauch ist sehr alt. Den Grund und Ursprung desselben untersucht Gundling in Gundlingianis Stück IV. Nr. 2.

42) S. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 483. und 485.

43) Schneider in der angef. Schrift. §. 487.

44) Kress Comment. ad Art. 107. C. C. C. §. 1. Not. 2. von Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts §. 132. Püttmann Elem. iur. crim. §. 119.

45) Art. 107. der peinl. Gerichtsordn. Carls V. welcher die Ueberschrift hat: Straff derjenigen, so einen gelehrten Eyd vor Richter und Gericht meineydig schwören. Daß unter einem gelehrten Eide ein förmlich abgefaßter und wörtlich vorgeschriebener

Eidesformel aber ein gestabter Eid[46]). Man nennt den solennen Eid auch einen körperlichen Eid. Ob dieses in Beziehung auf den Körper des Schwörenden wegen der Aufhebung der Hand, oder Berührung der Brust geschieht; oder nicht vielmehr in Beziehung auf den Gegenstand, welcher sonst bey der Ableistung des Eides berührt wurde, wo es üblich war, die Finger auf Reliquien, oder das Evangelienbuch, oder an des Richters Stab zu legen[47]), ist streitig. Ersteres behauptet Cujaz[48]), letzteres aber mit mehrerem Grund Merillius[49]).

II. Außerordentliche Feyerlichkeiten, welche nur in gewissen Fällen gebraucht werden, um dadurch desto

ner Eid verstanden werde, haben *de* Boehmer in Meditat. ad Art. 107. C. C. C. §. 3. und besonders Walch in Glossar. germ. interpretat. C. C. Carol. inservient. voc. Gelehrt. pag. 304. sqq. aus dem Sprachgebrauche des Mittelalters erwiesen. Man sehe auch Malblanc de iureiur. §. 98. pag. 401. Not. 574. und Tittmanns Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 376. Not. y. S. 467.

46) Von staben, welches in der alten deutschen Sprache soviel heißt, als vorlesen oder vorsagen. S. *Christ. Frid.* Harpprecht de iureiurando scriptura praestito. *Tüb.* 1745. §. 10. Not. 69. und Walch in Glossar. cit. pag. 305. sqq.

47) *L.* 12. §. 5. *C. de reb. credit. et iureiur. L.* 12. *C. de iudic. L.* 7. §. 5. *Cod. de curat. furiosi Nov.* 123. *cap.* 7. S. Carl Frid. Kopps ausführliche Nachricht der ältern und neuern Verfassung der geistl. und civil. Gerichte in den Hessen-Casselschen Landen. 1. Th. §. 371.

48) Paratitl. ad Tit. Cod. Si adv. vendition. und in Exposit. Nov. 51.

49) Observation. Lib. VIII. cap. 40. Man sehe auch Brissonius de verbor. significat. v. *Corporaliter.*

desto mehr Eindruck auf den Schwörenden zu machen. Dahin gehört die Zuziehung eines oder mehrerer Geistlichen, die Ueberdeckung des Gerichtstisches mit schwarzem Tuche, Aufstellung des Crucifixes, Anzündung zweyer Lichter, Berührung des Evangelienbuchs u. d. m.*). Diese außerordentlichen Feyerlichkeiten dürfen nicht gebraucht werden, wo sie nicht hergebracht sind[50]). Nicht einmal die Zuziehung eines Geistlichen ist ohne besondere Gründe zulässig[51]). In peinlichen Fällen ist jedoch der Fall häufiger, daß beim Reinigungseide ein oder mehrere Geistliche zugezogen werden[52]); als in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Hier muß der Schwörende des Meineides schon sehr verdächtig seyn, wenn zu diesen außerordentlichen Feyerlichkeiten geschritten werden soll[53]).

Mit mehreren eigenthümlichen Formalitäten ist der feyerliche Judeneid verbunden[54]). Sie bestehen darin 1) Der

*) S. Just. von Schmidt über den Eid. §. 17. ff.

50) S. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 644.

51) Martins Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 219. not. d. (der 2. Aufl.) Man sehe auch Mylius de admonitione de vitando periurio, quae fit per clericum.

52) Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 165. S. 191.

53) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Prozeß. 2. Th. §. 334. und Malblanc de iureiur. §. 95.

54) Man vergleiche Cam. Gerichtsordn. Th. 1. Tit. 86. und die Allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. Th. I. Tit. 10. §. 317. ff. Philipson über die Verbesserung des Judeneides. Neustrelitz 1797. Joh. Bernh. Osan über den Werth des Judeneides vor christl. Obrig-

1) Der Eid muß in der Synagoge, bey versammelter Gemeinde abgelegt werden, wohin also auch der den Eid abnehmende Richter sich zu begeben hat.

2) Der Schwörende muß zwey selbst gewählte Zeugen mitbringen, auch muß der Rabbiner des Orts, oder, an dessen Statt, ein jüdischer Assessor, oder Gelehrter bey der Handlung gegenwärtig seyn. Dieser Rabbiner, oder Assessor kann jedoch im Nothfalle auch die Stelle des zweyten Zeugen vertreten.

3) Betrifft der Eid die eigene Sache des Schwörenden, und die Gegenparthey desselben ist ebenfalls ein Jude, der in dem Orte wohnt, so muß auch dieser in Person gegenwärtig seyn. Diesem wird von dem Rabbiner oder Assessor die Strafe des Bannes angedrohet, wenn er etwa ohne Grund auf dem Eid bestünde, und er beantwortet diese Drohung mit Amen.

4) Der Schwörende muß nun sich durch Abwaschung der Hände, und durch Anlegung des Gebetmantels und der Gebetschnur zur Eidesleistung vorbereiten.

5) Hierauf folgt die Warnung vor dem Meineide, welche der Rabbiner dem Schwörenden vorhalten muß[55]).

6) Nach

Obrigkeiten. Göttingen 1794. und Joh. Christ. Preu Ordnung des jüdischen Eides vor christlichen Gerichten. Wallerstein 1783.

55) Diese Warnung lautet nach dem in der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 330. vorkommenden Formular folgendermassen: „Ein jeder gläubiger Israelit ist schuldig, der Obrigkeit, sie sey jüdisch, oder christlich, bey Rechtsstreitigkeiten

6) Nach dieser Warnung muß der Richter mit Beyhülfe des Rabbiners nochmals die Güte zwischen beyden Theilen versuchen.

7) Ist

ten die Wahrheit zu gestehen, und solche, auf ihr Begehren, mit einem Eide zu bekräftigen. Ein von der christlichen Obrigkeit geforderter Eid ist also, nach der Lehre der Rabbiner, für keinen unrechtmäßiger Weise erzwungenen Eid zu achten. Wer daher die christliche Obrigkeit durch einen falschen Eid hintergeht, oder dabey etwas anders denkt, als er sagt, der entheiliget den Namen Gottes, und begeht einen Meineid. Der Meineid ist das schrecklichste Verbrechen, dessen sich der Mensch schuldig machen kann. Die ganze sittliche Welt beruhet, (wie die Rabbiner sagen) auf dreyerlei, auf Recht, Wahrheit, und Frieden. Ungerechtigkeit und Lügen sind also schon an sich selbst höchst strafbare Verbrechen, indem sie die Zerrüttung der sittlichen Welt zur Folge haben. Bey einem Meineide kommt der Frevel dazu, daß der Meineidige den Gott der Wahrheit zum Zeugen der Unwahrheit, und den Gott der Gerechtigkeit selbst zur Bestrafung der Ungerechtigkeit auffordert, und also den Namen des Allerhöchsten bey einer sehr schändlichen That mißbraucht. Daher auch die ganze Welt erschüttert worden, als der Gott unserer Väter auf dem Berge Sinai die Worte hat hören lassen: **Du sollst den Namen des Ewigen, deines Gottes, nicht bey einer Unwahrheit mißbrauchen.** Wenn jeder andre Verbrecher durch Buße und Sinnesänderung von der Strafe Gottes sich befreyen kann, so kann doch der Meineidige durch die stärkste Buße, ohne hinlänglichen Ersatz, keine Vergebung hoffen; denn es heißt ausdrücklich: **Der Ewige, dein Gott, wird denjenigen nicht ungestraft lassen, der seinen Namen bey einer Unwahrheit mißbraucht.** Bey einem jeden andern Verbrechen trifft die Strafe blos den Sünder, und die Mitschuldigen, oder die dem Uebel hätten steuern können;

7) Ist dieser Versuch fruchtlos, und besteht also der Gegentheil auf der Ableistung des Eides, so redet der Rabbiner nun den Schwörenden an:

Wisse, daß du nicht nach deinem Sinne und deiner Auslegung der Worte; sondern nach dem Verstande, den wir und die Richter mit den Worten verbinden, den Eid ablegest.

8) Nach dieser zweyten Ermahnung tritt der Schwörende vor den Gesetzschrank. Der Klopfer öffnet die Thüre des Schranks, nimmt eine bekleidete **Thora** heraus, und giebt sie dem Schwörenden in den Arm.

9) Alsdann wird dem Schwörenden, wenn derselbe Geschriebenes lesen kann, die Formel des Eides, welchen er ableisten soll, in die Hand gegeben, und er eröffnet den Schwur mit den Worten:

Ich

nen; bey einem Meineide aber leidet die ganze Familie des Verbrechers; ja das ganze Land, in welchem er wohnt, empfindet die darauf folgende göttliche Strafe. Bey einem jeden andern Verbrechen wird dem Verbrecher öfters, durch die Langmuth des barmherzigen Gottes, nachgesehen; auf einen Meineid aber folgt die Strafe unverzüglich; denn so heißt es in dem Propheten Zacharias Kap. 5. V. 4. Ich will den Fluch hervorbringen, spricht der Herr Zebaoth, daß er soll kommen über das Haus des Diebes, und über das Haus derer, die bey meinen Namen fälschlich schwören, und er soll bleiben in ihrem Hause, und soll es verzehren, sammt dem Holz und den Steinen."

Ich schwöre bey Adonai [56]), dem Gott Israels ꝛc. Am Schluß des Eides wird die Bekräftigungsformel beygefügt:

Wenn ich falsch schwöre, so müssen mich alle die Strafen treffen, die mir in der geschehenen Vermahnung angedeutet worden sind. Amen.

10) Kann der Schwörende nicht lesen, so spricht er die Eidesformel dem vorlesenden Rabbiner von Wort zu Wort nach. Das Wort *Adonai* darf aber, weil nach jüdischen Religionsgrundsätzen die Wiederholung desselben, bey eben derselben Handlung, für sündlich gehalten wird, nicht vorgelesen, sondern muß dem Schwörenden blos auf der in der Schule befindlichen Tafel vorgezeigt werden, damit er solches selbst ausspreche.

11) Bey der Ableistung des Eides legt der Jude die rechte Hand auf die mosaischen Gesetze, wobey **2.** Buch Mose XX. V. 7. aufgeschlagen wird.

Wird der Eid ohne die bisher beschriebenen Formalitäten abgelegt, so ist er ein unfeyerlicher Eid, und kann mündlich oder schriftlich, mit der Eidesformel, oder durch bloße Angelobung an Eides Statt geschehen.

§. 792.

Erfordernisse des Eides. 1) *Veritas.*

Es ist nun eine Hauptregel, daß der Eid immer den Religionsgrundsätzen des Schwörenden gemäß eingerichtet werde.

56) Das Wort *Adonai* muß mit den hebräischen Mitlautern des Worts *Iehovah* bezeichnet seyn.

werde. Denn sonst würde der Zweck der Eidesleistung nicht erreicht werden. Daher wird der Judeneid anders, als ein Christeneid gefaßt. Alle Eidesleistung setzt also voraus, daß der Schwörende Religion habe. Daher können diejenigen, welche die Existenz einer Gottheit ganz läugnen, nicht zum Eide gelassen werden [57]). Sie werden dann aber auch der Vortheile verlustig, die für sie von der Leistung eines Eides abhangen [58]). Ein gleiches ist von denen zu behaupten, die sich durch einen begangenen Meineid des öffentlichen Zutrauens verlustig gemacht haben [59]). Ueberhaupt aber werden zu jedem gültigen Eide drey Haupteigenschaften erfordert, welche in den Gesetzen [60]) figürlich die drey Gefährten des Eides (*Comites iurisiurandi*) genennt werden.

I. Der Eid muß in dem nämlichen Sinn abgelegt werden, in welchem er gefordert wird [61]). Dieser erste Ge-

57) S. *Sam. Frid.* Willenberg Diss. de iuramento Athei. *Gedani* 1708. und *Ger. Herm.* Mencke de eod. arg. *Lipsiae* 1713.

58) S. Malblanc de iureiur. §. 7. pag. 20.

59) *Can.* 5. *et* 8. *Caus.* *XXII.* *Qu.* 5. Malblanc cit. loc. pag. 20. nr. 4. und Thibaut System des Pand. Rechts. 3. B. §. 1158. Ob nicht bey dem deferirten Eide eine Ausnahme Statt finde, wird unten weiter erörtert werden. Man s. auch Claproths Einleitung in den ord. bürg. Prozeß 2. Th. §. 319.

60) *Can.* 7. *Caus.* *XXII.* *Qu* 1. *Can.* 2. *C.* *XXII.* *Qu.* 2. *et Cap.* 26. *X. de iureiur.* *Ern. Henr.* Bose Diss. de tribus iurisiurandi comitibus. *Lipsiae* 1731. *Ge. Lud.* Boehmeri Princip. iuris canon. §. 331. und Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 164. S. 186 ff.

61) *Can.* 9. *Caus.* *XXII.* *Qu.* 5. Quacumque arte verborum quisque iuret, Deus tamen, qui conscientiae testis est, ita hoc ac-

Gefährte wird *Veritas* genennt[62]). Daher dürfen beym Eide keine Mental-Reservationen gebraucht werden[63]). Denn diese bestehen eben darin, wenn Jemand wissentlich mit den Worten des Eides einen andern Sinn verbindet, als der, welcher den Eid schwören läßt, und sich geheime, der Intention desselben entgegenstreitende, Einschränkungen erlaubt[64]). Solche Mental-Reservationen laufen auf einen Betrug hinaus, und eine absichtlich darunter versteckte Falschheit wird daher mit Recht als ein Meineid angesehen[65]). Um keinem solchen Vorbehalt

accipit, *sicut ille, cui iuratur, intelligit.* Sollte über die Intention desjenigen, von welchem der Eid gefordert worden, Zweifel entstehen, so ist diejenige Erklärung vorzuziehen, welche den Worten, und der Natur des Geschäfts, worüber geschworen wird, am gemäßesten ist. Daher wird zuweilen auch nach der Intention desjenigen erkannt, welcher den Eid geschworen hat. *L.* 31. *L.* 39. *D. h. t.* S. *Frid. Gottl.* Zoller Diss. de interpretatione iuramenti praestiti secundum intentionem eius, cui iuratur, non suscipienda. *Lipsiae* 1745. §. 12.

62) Bose cit. Diss. Cap. II. §. 2. sagt: veritas h. l. est declaratio animi nostri, per verba animo congrua, facta ei, qui istam ex iure perfecto, vel imperfecto petere potest. — Quam ob rem, quando praeprimis *veritatem ad iuramentum* requirimus, nihil aliud hoc ipso intelligitur, *quam quod signa externa convenire debeant cum animo, ne mendacium proferatur.*

63) S. *Abrah.* Kaestneri Diss. de reservationibus mentalibus. *Lipsiae* 1746.

64) *Cap.* 11. *Caus. XXII. Qu.* 5. und Gratian. *post can.* 13. *Caus XXII. Qu.* 5.

65) Stryk de cautelis iuramentor. P. III. Sect. III. Cap I. nr. 27. Struv Syntag. iur. civ. Exercit. XVII. Th. 18. et Müller ad Eun-

behalt Raum zu lassen, ist es nothwendig, den Inhalt des Eides mit der möglichsten Genauigkeit abzufassen.

§. 793.

II. Iudicium. Alter des Schwörenden. Certioration.

Zur Gültigkeit eines Eides wird ferner **II.** erfordert, daß der Schwörende diejenige Reife des Verstandes und Einsicht habe, daß er nicht nur die Wichtigkeit des Eides kennt, sondern auch weiß, warum er schwört. Man nennt diesen andern Gefährten des Eides *iudicium*[66]). Unfähig zur Eidesleistung sind daher

1) vernunftlose und betrunkene Personen[67]).

2) Diejenigen, welche noch nicht das Alter erreicht haben, von welchem sich eine zur Beurtheilung dieser Handlung hinreichende Einsicht von der Wichtigkeit des Eides erwarten läßt[68]). Das Römische Recht hat zwar hierüber nichts bestimmt. Ulpian sagt vielmehr in der *L.* 26. *D. h. t.* **Qui iurasse dicitur, nihil refert, cuius sexus *aetatisve* sit: *omni enim modo custodiri debet iusiurandum adver-***

Eundem lit. β. Man vergleiche auch *de* Cocceji ius civ. controvers. h. t. Qu. 4.

66) *Iudicium*, sagt Bose cit. Diss. Cap. III. §. 1. est ea mentis animique discretio, ut quis probe sciat et intelligat, tum quid sit iusiurandum, tum quid sit id, de quo iuret.

67) *Can.* 16 *Caus. XXII. Qu.* 5. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß 2. Th. §. 319. a. E. und Malblanc Doctr. de iureiur. §. 9. pag. 27.

68) *Car. Fried.* Walch Diss. de iurantis legitima aetate. *Ienae* 1755. und *Opusc.* Tom. II.

versus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit. Paulus scheint zwar das Gegentheil zu lehren, wenn er ***L.* 34. §. 2. *D. eodem*** sagt: ***Pupillo non defertur iusiurandum.*** Allein daß dieser römische Jurist nur soviel sagen wolle, einem Unmündigen könne kein Eid mit der Wirkung angetragen werden, daß er solchen entweder anzunehmen oder zurückzuschieben schuldig sey; darin sind alle Ausleger mit einander einverstanden[69]). Nach dem römischen Recht kann also auch ein Unmündiger einen ihm deferirten Eid abschwören, und der Eid ist gültig, insofern er zu desselben Vortheil gereicht[70]) Allein eines Meineides kann er sich nicht schuldig machen, wie ebenfalls Ulpian in der angeführten ***L.* 26. *D. h. t.*** sagt, wenn es daselbst heißt: ***Quamvis pupillus non videatur peierare,* quia sciens fallere non videatur.** Das Canonische Recht hingegen schließt Unmündige vom Eide aus, und setzt ein Alter von vierzehn Jahren als den Zeitpunct der Eidesmündigkeit fest[71]). Ja nach der Praxis wird an vielen Orten

69) *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 34. §. 2. D. h. t. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 286. Barclaius in Comm. ad L. 34. §. 2. D. h. t. (in Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 958.) Voet Comm. ad. Pand. h. t. §. 9. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. Pothier Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VIII. not. p. und Malblanc de iureiur. §. 42. pag. 121.

70) *L.* 42. *D. de iureiur.*

71) *Can.* 14. *et* 15. *Caus. XXII. Qu.* 5. S. *Car. Sebast.* Berardi Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. Part. I. Cap. 2. pag. 24. edit. *Venet.* 1777. 4. und *God. Lud.* Mencken Diss. singularia quaedam capita doctrinae de iureiurando in specie

Orten zur Ableistung gerichtlicher Eide ein Alter von 18 Jahren erfordert[72]). Aus dem zweyten Erforderniß folgt,

3) daß der Regel nach dem Schwörenden der Inhalt und Gegenstand des Eides vom Richter vor der Ableistung erklärt werden muß. Eine solche Belehrung wird *Certioratio* genennt, und kommt besonders in dem Falle vor, wenn der Rechte unkundige Personen sich zuständiger Rechtswohlthaten begeben sollen[73]).

§. 794.

III. Iustitia. Entbindung vom Eide.

Der Eid muß **III.** einen Gegenstand betreffen, welcher in des Schwörenden Gewalt steht, und darf weder den Gesetzen noch den Rechten eines Dritten, auch nicht der Willensfreyheit des Schwörenden zuwider seyn[74]). Man nennt diesen dritten Gefährten des Eides *Iustitia.*

specie de iuramentis minorum et impuberum contin. *Vitemb.* 1729. §. 19. et 20.

72) S. *Ge. Lud.* Boehmeri Princip. iur. canon. §. 331. not. c. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4507. not. b. z. B. die allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 10. Tit. §. 262. u. 263. Sonst genügt das vierzehnjährige Alter auch sogar zur Ablegung eines eidlichen Zeugnisses, wenn keine Bedenklichkeiten obwalten. S. Meisters rechtliche Erkenntnisse u. Gutachten in peinl. Fällen. Decis. LXXVIII. nr. 32.

73) Vergleiche *Io. Sam.* Stryk Diss. de certioratione iurium renunciandorum. *Halae* 1702.

74) *Cap.* 18. *et* 28. *X. h. t.*

tia[75]). Der Eid, nach der Gerechtigkeit betrachtet, verbindet daher nicht,

1) wenn er unerlaubte Handlungen zum Gegenstande hat. Z. B. wenn sich der Schuldner eidlich verpflichtet, gesetzlich verbotene Zinsen dem Gläubiger zu bezahlen[76]). Dem Gläubiger kann die exceptio doli entgegengesetzt werden[77]). *Dolo enim facit, qui petit, quod restituere oportet eundem*[78]). Auf gleiche Weise ist

2) der Eid unverbindlich, wodurch man sich zu Etwas verpflichtet hat, was dem Rechte eines Dritten nachtheilig ist[79]). Z. B. wenn dadurch ein heimliches Eheversprechen gegen den Willen der Eltern bestätigt worden[80]). Eben so ist

3) ein Eid ungültig, wenn er durch Zwang, Irrthum, oder Betrug veranlaßt worden ist[81]). Das Canonische Recht stellt zwar den Grundsatz auf, daß durch jeden Eid eine besondere, dem Gelübde ähnliche, Verbindlichkeit gegen

75) S. Bose Diss. cit. de tribus iurisiurandi comitibus. Cap. IV.

76) *Cap.* 1. 6. *et* 20. X. *h. t.* Mehrere Beyspiele findet man *Cap.* 18. *X. de testib. Cap.* 4. *X. de testib. cogend.* Vid. Iust. Henn. Boehmeri ius eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24. §. 25. et 26. et Leyseri Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXIV. med. 1. et 2.

77) *Ge. Lud.* Boehmeri Princip. iur. canon. §. 336. not. b.

78) *Cap.* 59. *de Reg. iuris in* 6*to.*

79) *Cap.* 25. 27. *et* 28. *X. h. t. Cap.* 2. *de pactis in* 6*to.*

80) Boehmer in iur. eccles. Protest. T. II. Lib. II. Tit. 24. §. 32.

81) *Cap.* 28. *X. h. t. et Cap.* 2. *de pact. in* 6*to.*

gegen Gott erzeugt werde[82]); und daher auch selbst die eidliche Bestärkung unerlaubter Zusagen, so wie der durch Gewalt erpreßte Eid, einer von der geistlichen Obrigkeit zu ertheilenden Absolution bedürfe, um den Schwörenden von der Verbindlichkeit des Eides zu befreyen[83]). Allein diese Grundsätze, welche blos auf Erweiterung der geistlichen Gewalt und Gerichtsbarkeit abzielten, finden in den protestantischen Gerichten keine Anwendung. Bey den Protestanten ist daher ein solcher Eid schon von selbst ungültig, ohne daß der Schwörende von seinem geistlichen Obern eine Befreyung seines Gewissens (*relaxatio iuramenti*) zu erbitten braucht[84]). Es versteht sich indessen, daß wenn Jemand einen abgeleisteten Eid aus dem Grunde für ungültig ausgeben will, daß er durch Zwang oder Betrug dazu veranlaßt worden sey, und daher an der Verfolgung seines Rechts nicht gehindert zu seyn vorgiebt, eine gerichtliche Untersuchung und Erkenntniß erforderlich sey. Allein diese Untersuchung, so wie die Nichtigkeitserklärung kann von dem ordentlichen Richter geschehen[85]).

§. 795.

82) *Cap.* 2. *cit. de pactis in* 6*to* *I. H.* Boehmeri ius eccl. Prot. c. l. §. 21.

83) *Cap.* 1. 2. 8. *et.* 15. *X. de iureiur.* Boehmeri ius eccl. Protest. c. l. §. 51. et 52. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 120. S. 528.

84) Malblanc de iureiur. §. 121. et 123. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 699. Thibaut Syst. des P. R. 3. B. §. 1157.

85) S. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. 28.

§. 795.

Allgemeine Grundsätze vom Eide.

Eide müssen so selten, als möglich gebraucht werden. So allgemein man auch von der Richtigkeit dieses Satzes überzeugt ist, so wenig ist man doch über den wahren Grund desselben einverstanden. Bald setzt man ihn darin, daß durch unnöthigen Gebrauch dieses Mittels der Name Gottes entheiliget werde; bald darin, daß das Feyerliche des Eides, durch den zu häufigen Gebrauch, viel von dem Eindruck verlieren müsse, welchen es sonst auf die Menschen zu machen im Stande sey. Allein man hat den wahren Grund verkannt, weil man vergaß, den höchsten Gesichtspunct aufzusuchen, aus welchem allein gründlich über den Eid gesprochen werden kann. Man muß hier, wie Schmidt[86]) und nach ihm Grolman[87]) gezeigt haben, von dem Grundsatz ausgehen. Der Staat ist auf das allgemeine Mißtrauen erbaut; er setzt mithin voraus, daß die Menschen keine vollendete moralische Wesen sind, und daß kein allgemeiner Glaube an durchgängige Moralität unter den Menschen Statt finde. Denn wäre dieses, so bedürfte es keines Zwangsgesetzes, und keiner Gesellschaft zur Realisirung desselben, — keines Staats. Daraus folgt, daß der Staat so wenig, als möglich, auf die Moralität der Bürger bauen soll. Dies ist der Grund, warum der Eid so selten, als möglich, und nur dann, wenn sonst der Staat

86) Joh. Ernst Christ. Schmidt über den Eid, in Grolmans Magazin 1. Bandes 2. Heft. Nr. III. S. 101. ff.

87) Nachtrag zu der Schmidtschen Abh. im Magazin a. a. O. S. 120. f. u. S. 134. ff.

Staat seine Pflichten nicht erfüllen kann, gebraucht werden darf. Es ist daher Pflicht des Richters, darauf zu sehen, daß alle unnütze und unnöthige Vervielfältigung der Eide sorgfältig vermieden werde[88]). Hieraus fließen folgende Wahrheiten her.

1) Ueber irrelevante, zur Entscheidung des Streitpuncts nichts beytragende Umstände, oder deren Wahrheit selbst den Beweissatz unerwiesen läßt, darf kein Eid zugelassen werden[89]). Man nimmt jedoch den Fall aus, wenn die Partheyen durch Vertrag von der eidlichen Erhärtung eines an sich irrelevanten Umstandes die Entscheidung ihrer Sache abhängig gemacht haben sollten[90]). Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten[91]), welche auch diese Ausnahme verwerfen, und schlechthin behaupten, daß ein an sich irrelevanter Eid eben so wenig durch die Uebereinkunft der Partheyen, als durch die Auctorität eines rechtskräftigen Erkenntnisses eine Gültigkeit erhalte, son-

 dern

88) S. Mevius Tom. II. P. VI. Decis. 49. nr. 5. Wernher Observat. for. T. I. P. I. Obs. 69. und Pufendorf Observat. iuris universi Tom. II. Obs. 109.

89) *Cap.* 26. *X. de iureiur.*

90) Wernher Observat. forens. T. I. P. II. Obs. 494. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 92. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLIX. §. 14. S. 518. und Thibaut Syst. des P. R. 3. B. §. 1159.

91) *Ge. Lud.* Boehmer in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum, relatumque. *Goettingae* 1772. §. 12. und *Ge. Steph.* Wiesand Diss. de probatione per iurisiurandi delationem caute instituenda. *Vitembergae* 1790. §. 7.

dern an und für sich ein vergeblicher und daher zu verwerfender Eid sey. Allein man kann jene Ausnahme ohne Bedenken zulassen, man muß sie nur aus dem wahren Gesichtspuncte betrachten, um nicht irre geführt zu werden. Es ist ja keinem Zweifel unterworfen, daß eine bei Gericht anhängige Streitsache von den Partheyen durch einen Vergleich geendiget werden könne. Es kann folglich auch auf die Bedingung eines abzuleistenden Eides ein Vergleich geschlossen worden. Der Eid verliert aber freylich in dieser Eigenschaft ganz und gar die Natur eines Beweises, und geht in einen außergerichtlichen Eid über, welcher die Natur eines Vergleichs hat. Denn als ein gerichtlicher Eid müßte er verworfen werden, weil ein Beweis, der den Beweissatz nicht in sich faßt, mit sich selbst im Widerspruche ist. Man kann also nicht sagen, daß in dem gegebenen Falle der Beweis von dem Eide abhängig gemacht werde, sondern hier ist, wie die Natur eines außergerichtlichen Eides mit sich bringt, das Recht selbst vom Vertrage abhängig, von welchem der Eid einen Bestandtheil ausmacht, der aber eben deswegen von der Eigenschaft eines Beweismittels gar nichts an sich trägt. Nach dieser Ansicht läßt sich nun auch mit Grund nicht mehr behaupten, daß der Eid vergeblich sey.

2) Derjenige darf mit keinem weitern Eide belastet werden, welcher bereits auf andre Art vollständig bewiesen hat. Der Eid würde hier vernunftwidrig und ganz zwecklos seyn. Denn schon die Vernunft lehrt, daß demjenigen, welcher bewiesen hat, kein Eid darüber, daß das Bewiesene wahr sey, aufgebürdet werden könne. Auch der Zweck des Eides überzeugt uns, daß der Eid hier unnütz

nütz sey. Der Zweck des Eides ist Herstellung der juristischen Gewißheit. Ist dieser Zweck durch andere Beweise erreicht, so fällt der Eid als zwecklos hinweg [92]). Alles dieses bestätiget auch noch zum Ueberfluß eine Stelle des canonischen Rechts, nämlich *cap*. 2. *X. de probat.* worin der Pabst sagt: **Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut, cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur, nos, cum tunc demum ad huiusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus.** Zuweilen kann jedoch derjenige, wider welchen ein sonst nach allgemeinen Regeln vollständig geführter Beweis vorhanden ist, sich dennoch der Eidesdelation bedienen, wenn er solche Umstände in facto anführen kann, welche den Beweis zweifelhaft und verdächtig machen [93]). Folgender Fall, welcher unserer Facultät zur Entscheidung vorgelegt wurde, giebt hiervon ein treffendes Beyspiel. Eine hiesige reiche Wittwe D. verkaufte an einen gewissen Candidaten W. ein Haus. Nach dem Tode derselben klagten deren Erben auf die Bezahlung des Kaufgeldes, weil sich in den Rechnungsbüchern ihrer Erblasserin durchaus nichts fand, daß die Kaufsumme bezahlt sey, da doch andere minder erhebliche Einnahmeposten genau darin verzeichnet waren. Der Beklagte setzte der Klage die Einrede der geschehenen Bezahlung des Kaufschillings entgegen, und berief sich auf den

92) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. L. §. 2. S. 521. ff.

93) Leyser Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. CXXXVI. Meditat. 7. et 8. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4517.

den gerichtlichen Kaufbrief, worin es hieß, daß die Kaufsumme bezahlt sey. Dennoch wollten sich die Kläger dabey nicht beruhigen, sondern deferirten dem Beklagten den Eid. Die Juristen-Facultät in Tübingen erkannte in Gemäßheit des *cap. 2. X. de probat.* daß die Eidesdelation nicht Statt habe. Durch Einwendung eines Rechtsmittels kamen die Acten an unsere Facultät. Hier führten die Kläger noch neue, sehr wichtige Gründe an, die den Beweis des beklagten Käufers sehr zweifelhaft machten. Es wurde die Gerichtsperson abgehört, welche den Kauf aufgenommen, und den Kaufbrief ausgefertiget hatte. Diese bezeugte, daß wenigstens die Kaufsumme nicht gerichtlich bezahlt worden sey, sondern der Kaufbrief sey aus der Punctation ausgefertiget worden, und darin habe gestanden, daß die Kaufsumme bezahlt sey. Diese Punctation sey vom Käufer producirt worden, und weil sie von beyden Theilen unterschrieben gewesen, so habe man bey Gericht den Inhalt derselben für wahr angenommen. Es wurde hierauf auch der Rechtsbeystand der Verkäuferin, der Prozeßrath **B.** abgehört, welcher die Punctation aufgesetzt hatte. Auch dieser versicherte eidlich, er habe keine Bezahlung gesehen, sondern habe der Versicherung des Käufers getrauet. Dazu kam nun noch der wichtige Umstand, daß der Käufer eben derjenige war, welcher bey der Verkäuferin, die ihres Alters wegen etwas schwachmüthig wurde, das Rechnungswesen führte. Unter diesen Umständen fanden wir kein Bedenken, die geschehenene Eidesdelation für zulässig zu erkennen.

3) Eine Eideszuschiebung darf nicht mit andern Beweismitteln über einen und denselben Umstand

zugleich und unbedingt verbunden werden. Es leidet zwar keinen Zweifel, daß derjenige, dem ein Beweis obliegt, über verschiedene Umstände, wenn sie auch vereint auf einen Zweck wirken, sich verschiedener Beweismittel bedienen, und über einige Puncte seinem Gegner den Eid deferiren könne, während über andere Puncte der Beweis durch Urkunden oder Zeugen geführt wird [94]). Allein gegen die Vernunft würde es streiten, wenn der Beweisführer bey dem Versuch eines noch nicht mißlungenen Beweises, den er durch Zeugen oder Urkunden angetreten hat, zugleich seinem Gegner über denselben Beweissatz unbedingt den Eid antragen wollte. Denn der Eid erzeugt einen vollkommenen Beweis. Würde derselbe während der Vollführung eines andern Beweismittels geleistet, so würde diese als zwecklos erscheinen, oder es würde von einem Eide nicht mehr die Rede seyn können, wenn sein Zweck durch andere Beweismittel schon erreicht wäre, ehe es zur Eidesleistung kam. Eine unbedingte und copulative Verbindung der Eidesdelation mit andern Beweismitteln über den nämlichen Streitpunct ist demnach immer und ohne Einschränkung unerlaubt [95]). Hat sich der Beweisführer dieser widersprechenden Verbindung dennoch bedient, so muß der Richter die Eidesdelation verwerfen [96]). Eine andere Frage aber ist, ob nicht wenigstens eine

94) S. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. Membr. III. Cap. I. §. 6. Püttmanns Referir- und Decretirkunst §. 112. Not. a. S. 82.

95) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. L. §. 4. S. 523.

96) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CLXXIII. medit. 6. Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. I. Obs. 45. Christ. Wilh. Wehrn

eine eventuelle oder subsidiarische Cumulation auf den Fall Statt finde, daß die neben der Eideszuschiebung vorgelegten Beweismittel nicht nach Wunsch ausfallen sollten? Mehrere Rechtsgelehrten [97]) gehen soweit, auch diese Verbindungsart zu verwerfen. Allein, da hier keiner der angeführten Gründe im Wege steht, so läßt sich die Zulässigkeit einer solchen eventuellen Cumulation nicht füglich bezweifeln [98]). Es steht ja nach dem gemeinen Rechte und dem Gerichtsgebrauche dem Beweisführer immer noch frey, sich der Eideszuschiebung zu bedienen, wenn der versuchte Beweis mißlungen ist [99]). Warum sollte also dieselbe nicht auf diesen Fall schon vorläufig

Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 58. *Christ. Gottl.* Biener Syst. processus iudiciarii Tom. I. §. 98. not. 7. und *Io. Ad. Theod.* Kind Quaestion. for. Tom. I. cap. 57.

97) Renner ad *Schaumburgii* Princip. c. I. pag. 35. Nettelbladt practische Rechtsgelahrtheit §. 750. Krohn (oder Elsaesser) Selecta capita de probatione et reprobatione. Obs. 6. *Ge. Steph.* Wiesand Diss. de probatione per iurisiurandi delationem caute instituenda. §. 8. und Danz Grundsätze des ordentlichen bürgerl. Prozesses §. 238.

98) Man vergleiche Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 151. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 13. Püttmann a. a. O. Kind Quaestion. for. Tom. I. cap. 57. *Henr. Gottfr.* Bauer Responsor. ex iure vario Vol. I. Resp. 23. und vorzüglich Gönner a. a. O. §. 5. u. ff.

99) *L.* 12. *C. de reb. cred. Nov. LXXIII.* cap. 4. Mevius P. IV. Decis. 5. *Ge. Lud.* Boehmeri Princip. iur. canon. §. 812. Danz Grundſ. des ordentl. bürg. Prozesses §. 371. und von Bülow und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Erört. LVII.

läufig mit andern Beweismitteln cumulirt werden können? Ueberdem erlaubt das Canonische Recht[100]) den Eid: **cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur.** Dieser Fall ist ja nun hier vorhanden. Hierzu kommt endlich, daß derjenige, welchem ein Eid zugeschoben wurde, und, statt desselben, die Gewissensvertretung wählte, noch nach mißlungenem Versuche der unternommenen Beweisführung zur Annehmung oder Zurückschiebung des Eides den Rücktritt nehmen könne. Thut nun der Beweisführer nicht das Nämliche, wenn sein Beweisantritt neben andern Beweismitteln eine eventuelle Eidesdelation enthält, was seinem Gegner nach der Eideszuschiebung durch Gewissensvertretung unstreitig zusteht? und kann ihm wohl nach dem Princip der Rechtsgleichheit unter den Partheyen diese Befugniß abgestritten werden? Sollten indessen die versuchten Beweise zu einem bestimmten Resultate wenigstens in dem Grade führen, daß nach den Regeln des Prozesses auf einen nothwendigen, Ergänzungs- oder Reinigungseid, erkannt werden muß, so kann die eventuelle Verbindung der Eidesdelation, welche der Beweisführer unternahm, gar keine weitere Rücksicht verdienen. Der Gegentheil des Beweisführers hat auch nun ein wohlerworbenes Recht, zuvörderst aus dem vollführten Beweise beurtheilt zu werden, ehe man ihn zu einer Einlassung auf die Eidesdelation für verbunden achten kann[1]).

4) Niemand kann sich zum Beweis seiner Behauptung oder zur Entkräftung dessen, was ein Anderer wider ihn be-

100) *Cap. 2. X. de probat.*

1) S. Gönners Handbuch a. a. O. §. 6. 2. Band S. 524. ff.

behauptet hat, zur Ableistung eines Haupteides erbieten [2]), zumal wenn schon der Beweis gegen ihn geführt ist. Denn es kann von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich ist, daß, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann [3]). Fände nun aber ein solches Erbieten zur Ableistung eines Haupteides Statt, so würde es ja in der Macht des Schwörenden stehen, sich nach Gefallen andere zum Schuldner zu machen, und eigene Verbindlichkeiten zu vertilgen. Dies ist es, worauf auch Ulpian [4]) uns aufmerksam macht, wenn er zur Erläuterung der Worte des Prätors: *Si is, cum quo agetur, conditione delata, iuraverit*, hinzufügt: **Nec frustra adiicitur, *conditione delata:* nam si reus iuravit, nemine ei iusiurandum deferente, Praetor id iusiurandum non tuebitur; sibi enim iuravit; alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit.** Man pflegt jedoch den Fall auszunehmen, wenn die Forderung des Klägers an sich außer allem Widerspruch, und nur die Größe derselben nicht genau zu erweisen ist [5]). Hier könne der Kläger zur eidlichen Bestimmung der-

2) S. Bieneri Syst. processus iudiciar. Tom. I. §. 98. und Martins Lehrbuch des bürgerl. Prozesses §. 214. Not. σ. S. 296. der zweyten Aufl.

3) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 92.

4) *L. 3. pr. D. de iureiur.*

5) Carpzov P. I. Constit. 28. Definit. 34. und *Fratr.* Becmannorum Consil. et Decision. P. II. Decis. 50. lit. F. pag. 75.

derselben zugelassen werden. Man nennt diesen Eid das *iuramentum quantitatis*[6]). Man erwartet ferner bey dem Würderungseide das Erbieten des Siegers zu diesem Eide, ehe darauf zu erkennen ist, weil derselbe nur eine Rechtsbegünstigung nicht aber Pflicht für die siegende Parthey ist[7]). Hierüber wird sich jedoch erst zu seiner Zeit urtheilen lassen, wenn in der Folge von diesen Eidesarten gehandelt werden wird.

5) Der Deferent kann den seinem Gegner angetragenen, wenn gleich schon angenommenen Eid, so lange derselbe noch nicht abgeschworen worden, nach Willkühr zurücknehmen, und an dessen Stelle neu aufgefundenen, oder doch noch nicht rechtlich ausgeschlossenen andern Beweis setzen[8]). Nach den Gesetzen des ältern Römischen Rechts hatte zwar eine solche Revocation des einmal von dem Gegner acceptirten Eides nicht Statt, weil man die Eidesdelation blos als eine Art von Vergleich oder Vertrag ansahe[9]). Die Acceptation erwarb ihm also ein Recht auf Eides-

6) von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Theil Bem. 30. und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 5. Band Erört. IV. §. 2. S. 38. ff.

7) S. Martins Lehrbuch des teutsch. gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 221. Not. r. S. 305. der zweyt. Aufl.

8) S. Malblanc Doctr. de iureiur. §. 54. Emminghaus ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 26. not. y. Gönner im Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXIX. §. 4. S. 309. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 92. S. 172. Biener Syst. process. iudic. Tom. I. §. 104. und Thibaut Syst. des P. R. 3. B. §. 1164.

9) *L.* 16. *L.* 39. *Cod. de transact.*

Eidesableistung. Allein, um Meineiden vorzubeugen, erlaubt Justinian die Zurücknahme des Eides bis zur wirklichen Ableistung desselben. *L.* **11.** *C. de rebus credit. et iureiur.* sagt:

Si quis iusiurandum intulerit, et: *necdum eo praestito,* postea (utpote sibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit: sancimus, *nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere,* (satis enim absurdum est, redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare) et iudices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. *Si quis autem sacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, si voluerit, praestare: ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praestetur.* Post definitivam autem sententiam, quae provocatione suspensa non sit, vel quae, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit: nullo modo revocare iuramentum, et iterum ad probationem venire cuiquam concedimus: ne, repetita lite, finis negotii alterius causae fiat exordium.

Man sucht zwar diese Verordnung auf mancherley Art einzuschränken, allein ohne Grund, wie unten (§. 802.) gezeigt werden wird. Hier ist nur noch zu bemerken, daß vermöge dieser Verordnung ein zurückgenommener Eid auf keine Weise, und also auch in keiner veränderten Form, wieder deferirt werden könne, wenn etwa der unternommene Beweis mißlingen sollte[10]). Endlich

6) wenn

10) Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 377.

6) wenn einer Gemeinheit oder Corporation der Eid zugeschoben, oder vom Richter auferlegt worden, so wird, um eine zwecklose Vervielfältigung der Eide, und zugleich einen unnöthigen Kostenaufwand zu vermeiden, der Eid nicht von allen Mitgliedern abgeschworen, sondern nur von einigen, welche von dem streitigen Object die beste Wissenschaft haben [11]). Es entsteht aber die Frage, wer das Recht habe, diejenigen Mitglieder zu wählen, welche den Eid im Namen der Gemeinheit schwören sollen? Die Rechtsgelehrten sind deshalb verschiedener Meinung. Einige [12]) überlassen diese Wahl dem Gegner der Gemeinheit, weil demselben daran gelegen sey, daß der Eid von solchen Personen geschworen werde, welche, nach seiner Einsicht, von der Sache die beste Wissenschaft haben; die Gemeinheit selbst aber, wenn ihr die Wahl überlassen würde, gar leicht solche Subjecte wählen könnte, welche leichtsinnig, und der Sache nicht genugsam kundig wären. Andere [13]) unterscheiden zwischen nothwendigen und deferirten Eiden. Nur

11) *Cap.* 26. *X. de iureiur. L.* 97. *D. condit. et demonstrat. L.* 14. *D. ad municipalem.* PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. II. Obs. 124. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. XXXX. §. 3. ff. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band 21. Erört.

12) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLIII. medit. 4. *de* BERGER Supplem. ad Electa Disceptat. for. P. I. pag. 221. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10.

13) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 30. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 2. Band Nr. IV. S. 55.

Nur in dem letztern Falle soll dem Deferenten, in dem ersten aber der Gemeinheit selbst das Recht der Auswahl zustehen. Noch andere [14]) behaupten, daß wenn sich die Partheyen hierüber nicht vereinigen könnten, die Auswahl dem Richter zu überlassen sey. Die richtigste Meinung ist aber wohl die, daß, wenn nicht die besondere Prozeß-Ordnung des Landes dem Gegner der Gemeinheit das Recht, die Schwörenden zu ernennen, ausdrücklich verstattet [15]), die Gemeinheit selbst berechtiget sey, diejenigen aus ihrer Mitte zu wählen, welche den Eid in ihrem Namen schwören sollen [16]). Denn eines Theils kann man der Gemeinde zutrauen, daß sie ihre Mitglieder besser kenne, als ihr Gegner, um zu beurtheilen, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben, andern Theils aber muß der Gemeinheit auch schon darum die Auswahl der Schwörenden überlassen werden, weil sie das auf ihr Gewissen nehmen soll, was einige aus ihrer Mitte in

14) *Io. Flor.* Rivinus in Diss. de iuramento universitatis. *Lipsiae* 1731. §. 9.

15) Wie z. B. die Chursächs. Prozeßordnung Tit. 18. §. 5. und die allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 270.

16) Mevius Part. III. Decis. 54. Carpzovius P. I. Const. 13. Def. 3. *de* Cramer Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1021. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 108. *Io. Steph.* Wiesand Diss. de facultate denominandi iuraturos. *Vitemb.* 1782. §. 6. Schmidt hinterlassene Abhandlungen 2. Band Nr. XL. §. 6. Malblanc Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 127. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 369. not. e. und Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 326.

in ihrem Namen beschwören werden. Sollte die Gemeinheit ja wider Verhoffen leichtsinnige oder der Sache nicht genugsam kundige Personen gewählt haben, so ist dem Gegner unbenommen, seine Einreden gegen die Gewählten vorzubringen, und die Ernennung anderer zu verlangen, auch allenfalls einige in Vorschlag zu bringen, die etwa bessere Wissenschaft von der Sache haben [17]). Nur dann, wenn beyde Theile sich darüber nicht vereinigen können, ist die Sache der richterlichen Entscheidung zu überlassen [18]). Weigern sich die gewählten Mitglieder den Eid zu schwören, so kann deswegen noch nicht die ganze Gemeinheit **pro iurare nolente** gehalten werden; sondern es müssen sich sodann sämmtliche Mitglieder derselben über die Ableistung des Eides erklären. Erbietet sich sodann die größere Zahl derselben zur Ablegung des Eides, und schwört ihn auch wirklich, so ist es so gut, als wäre der Eid von der ganzen Gemeinheit geleistet worden [19]). Uebrigens muß die Bestimmung der Schwörenden durch einen Gemeindebeschluß geschehen, und die gewählten Mitglieder müssen sodann mit einer Specialvollmacht versehen werden, bey deren Vollziehung im allgemeinen eben so, wie bey der Errichtung eines Syndicats, zu verfahren ist [20]). Es müssen jedoch folgende Puncte ausdrück-

17) Carpzov c. l. Definit. 3. nr. 3. et 4.

18) *L.* 34. §. 8. *D. de iureiur.* Wiesand Diss. cit. §. 10. und Biener Syst. processus iudic. Tom. I. §. 101 pag. 208.

19) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß. 2. Abschnitt 3. Kap. S. 122. (der neuesten Aufl. Magdeburg 1805.) Thibaut Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1156.

20) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 408.

drücklich darin bemerkt und beglaubigt seyn: **1**) daß die übrigen nichtschwörenden Gemeindeglieder von dem Inhalt der Eidesformel zuvor genugsam unterrichtet worden, und daß sie den abzuleistenden Eid wohl verstanden haben. **2**) Daß sie glauben und dafür halten, daß dasjenige, was ihre Bevollmächtigten solchergestalt in ihre Seele schwören werden, von eben der verbindlichen Kraft sey, und dafür angenommen, und gehalten werden solle, als wenn sie selbst diesen Eid wirklich abgeleistet hätten[21]). Wenn einige[22]) der Meinung sind, daß die Gemeinheit ihren Syndicus für sich schwören lassen könne; so läßt sich diese Meinung nicht schlechthin vertheidigen, wofern es nicht etwa die Prozeßordnung des Landes gestattet. Man unterscheide vielmehr, ob der Syndicus zugleich ein Mitglied der Gemeinheit ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann er zwar zur Ableistung des Eides unter den übrigen mit ernannt werden, aber keineswegs wider den Willen des Gegners in dem letzten Falle schwören[23]). Denn hier ist er nur als ein bloßer Procurator der Gemeinheit zu betrachten[24]). Nun ist aber der Eid eines Bevollmächtigten, Namens des Principals, wider den Willen des Gegners nicht zuläßig[25]).

§. 796.

21) v. Bülow u. Hagemanns pract. Erörterungen 3. Band Nr. XXI. S. 144.

22) Berlich Conclus. pract. P. I. Conclus. 31. nr. 23. Hahn ad *Wesenbec.* ad Tit. Dig. Quod cuiusq. univ. nom. nr. IIX. u. a. m.

23) Wernher Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 226. und Schmidts hinterlassene Abhandlungen 2. B. Nr. XL. §. 8.

24) *L.* 6. §. 3. *D. Quod cuiusq. univ. nom.*

25) *L.* 12 §. 4. *et* 5. *Cod. de reb. credit.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLIII. medit. 1 — 3.

§. 796.

Eintheilungen der verschiedenen Eidesarten.

Der Eid wurde oben 1) in Ansehung der Form, in welcher er abgelegt wird, in den feyerlichen und nichtfeyerlichen eingetheilt. Es giebt nun noch verschiedene andere wichtige Eintheilungen des Eides, welche hier zu erklären sind. Der Eid wird 2) auch in Rücksicht seines Gegenstandes in den Versprechungs- oder Verpflichtungseid, *iuramentum promissorium*, und den Bestätigungs- oder Versicherungseid, *iuramentum assertorium*, eingetheilt, je nachdem er entweder die Bestärkung einer Verbindlichkeit oder Zusage zum Gegenstand hat, oder die Wahrheit einer Aussage oder Behauptung dadurch bekräftiget werden soll. Von dem Versprechungseide und dessen Wirkungen ist schon an einem andern Orte[26]) gehandelt worden. Hier ist also noch von dem Bestätigungseide zu handeln. Es entstehen hier folgende Fragen, woraus sich die verschiedenen Arten dieses Eides erklären lassen.

1) Was wird durch diesen Eid als wahr bekräftiget?

2) In wiefern wird es als wahr bekräftiget?

3) Auf wessen Veranlassung?

4) Was hat dieser Eid für einen Einfluß auf den Prozeß, und insonderheit für eine Beziehung auf die vorkommende Streitsache?

5) Wie verschieden ist die Wirkung desselben?

In

26) S. den 4. Theil dieses Commentars §. 341.

In Absicht auf die erste Frage sind zwey Fälle denkbar. Es wird durch den Eid entweder der Werth des streitigen Gegenstandes, oder die Wahrheit anderer factischer Behauptungen bestärkt. In jenem Falle wird der Eid der Würderungs- oder Schätzungseid (*iuramentum in litem* s. *aestimatorium*) genennt, wovon der folgende Titel handelt, in dem letztern aber der Versicherungseid im eigentlichen oder engern Sinn; und dann soll entweder durch diesen Eid die Wahrheit einer Aussage bestärkt werden, die den Schwörenden selbst nicht angehet, — Zeugeneid; — oder die Wahrheit einer Behauptung, wobey der Schwörende selbst interessirt ist. — Partheyeneid.

In Ansehung der zweyten Frage ist zu unterscheiden. Der Eid wird abgeleistet entweder

a) über objective Wahrheit und Wirklichkeit einer Sache, — Eid der Wahrheit, *iuramentum assertorium veritatis*; und zwar entweder

aa) über das positive Wissen des Schwörenden. — *iuramentum scientiae*, oder

bb) bey einem negativen Beweissatz über sein Nichtwissen, — *iuramentum ignorantiae* [27]).

b) Ueber das, was der Schwörende glaubt, oder nicht glaubt, für wahrscheinlich hält, oder nicht, — *iura-*

27) S. *Casp. Matth.* MÜLLERI Diss. de iuramento ignorantiae. *Rostochii* 1717. und *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. eiusd. arg. *Gedani* 1724. in EIUS *Selectis iurisprud. civilis.* P. II. Exercitat. 64.

ramentum credulitatis. Glaubenseid. Eid der Glaubwürdigkeit[28]).

In Ansehung der dritten Frage kann die Veranlassung zum Schwören zweyfach seyn.

1) Die eine Parthey verlangt von der andern die Ablegung des Eides. — Ein angetragener, zugeschobener, oder freywilliger Eid; ***iuramentum delatum***, s. ***voluntarium***; und zwar entweder

a) zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsstreites. — Der außergerichtliche Eid. Oder

b) zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweises. — Der gerichtliche, oder Schiedeseid, ***iuramentum iudiciale*** s. ***litis decisorium***[29]).

2) Der Eid wird vom Richter aufgelegt. — Ein aufgelegter, oder nothwendiger Eid, ***iuramentum necessarium.***

a) Entweder wegen besorglicher Schicane. — Eid für Gefährde, ***iuramentum calumniae***, wodurch der Schwörende versichert, daß er nicht aus Schicane gegen die andere Parthey handle. (§. **808.** sqq.)

b) Oder wegen eines nicht vollständig geführten Beweises, und zwar entweder

 aa) dem

28) *Io. Gottl.* Reichel Diss. de iuramenti credulitatis natura et indole. *Lipsiae* 1725. und Kohlschütter Diss. de iureiurando credulitatis. *Vitebergae* 1788.

29) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 91. S. 167.

aa) dem Beweisführer, um seinen unvollständigen Beweis zu ergänzen. — Ergänzungseid, ***iuramentum suppletorium.*** Oder

bb) dem Producten, um eine durch den geführten Beweis seines Gegners wider ihn begründete, zwar nur entfernte, aber doch nicht ganz schwache Vermuthung zu entkräften. — Reinigungseid, ***iuramentum purgatorium.*** (§. 811.) Oder

cc) zur Entscheidung des Rechtsstreits in einem solchen Falle, wo für beyde Theile blos Vermuthungen und starke Anzeigen streiten, die aber doch weder für den einen noch andern Theil einen halben Beweis ausmachen, und zwar nach dem Ermessen des Richters, derjenigen Parthey, welche die meiste Glaubwürdigkeit verdient. — Schiedeseid im strengsten Sinn, ***iuramentum litis decisorium in sensu specialissimo***[30]).

In

30) Gewöhnlich wird dieser besondern Eidesart nicht mit unter den nothwendigen Eiden gedacht. Daß sie aber eine von dem Erfüllungs- und Reinigungseide verschiedene Eidesart ausmache, hat Koch in Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. *Giessae* 1773. §. 4. und besonders Cap. 5. gezeigt. Ein Beyspiel davon enthält die Frankfurter Reformation P. I. Tit. 39. §. 8. wo es heißt: „So aber jeder Theil seines Fürbringens ansehnliche und starke Anzeigungen für sich hat, dieselben aber doch nicht vollkommlich bewiesen hätten: also daß beyderseits alles auf Vermuthungen stünde: So soll nach fleißiger Erwägung der Sachen, und Personen Gelegenheit, dem Kläger, oder aber dem Beklagten, welcher Theil die stärksten Vermuthungen für sich hat, und der Sachen vermuthlich am besten Wissenschaft hat, bey welchem auch sich der Wahrheit mehr zu versehen, (welches alles zur

Er-

In Ansehung seines Einflusses auf den Prozeß, und insonderheit in Ansehung seiner Beziehung auf die vorkommende Streitsache, worauf die oben aufgeworfene vierte Frage geht, ist der Eid entweder ein Haupteid, oder ein Nebeneid, je nachdem er entweder für die Hauptsache entscheidend ist, oder nicht. Es lassen sich also hier zwey Fälle gedenken.

1) Der Eid verhält sich zur vorliegenden Streitsache so, daß nach der Ableistung oder Nichtableistung desselben die Hauptsache entschieden ist. — Haupteid, Entscheidungseid, *iuramentum principale*, seu *litis decisorium*. Zu diesen Haupteiden gehört der Schätzungseid, der angetragene, und nothwendige Entscheidungseid [31]).

2) Der Eid dient nicht zur Entscheidung der Hauptsache, — Nebeneid, *iuramentum minus principale*. Dann gehört er entweder

a) nur zu den Feyerlichkeiten des Prozesses, wie z. B. der Eid für Gefährde, ferner der Appellations- und Revisionseid; oder er betrifft

b) andere Nebenpuncte des Rechtsstreites, wie z. B. der Editionseid, und Diffessionseid.

Sieht man endlich auf die Wirkung des assertorischen Eides so schränkt sich dieselbe entweder

a) blos

Erkenntniß und Ermessung der Schöffen stehen soll) obermeldt iuramentum suppletorum, oder aber *decisorium* auferlegt werden."

31) Thibaut Syst. des P. R. 3. B. §. 1153. und Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß 1. Th. §. 304.

a) blos auf die Person des Schwörenden ein. — Ein persönlicher Eid, *iuramentum in personam*. Oder

b) sie erstreckt sich, außer dem Schwörenden, auch auf andere, welche bey der Sache interessirt sind, und denen die geschehene Eidesleistung zum Vortheil oder Nachtheil gereicht. Ein dinglicher Eid, *iuramentum in rem*[32]).

Diese Eintheilung bestätigen folgende Gesetzstellen.

L. 1. §. 3. *D. Quarum rerum actio non datur.* Si fideiussor iuravit, si quidem *de sua persona* tantum iuravit, *quasi se non esse obligatum*, nihil reo proderit: si vero *in rem iuravit*, dabitur exceptio reo quoque.

L. 28. *pr. D. de iureiur.* In duobus reis stipulandi, ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit.

§. 1. Quod reus iuravit, etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo, *Cassius* et *Iulianus* aiunt: nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est, si modo ideo interpositum est iuramentum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona iurantis ageretur.

§. 3. Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodesse debebit.

Im Zweifel ist jedoch der Eid für persönlich zu halten, nach der Regel: *Iusiurandum alteri neque nocet, neque prodest*[33]).

§. 797.

32) S. *Sim. Pet.* Gasser Diss. de iuramento in rem. *Halae* 1740.

33) *L.* 3. §. 3. *in fin. D. h. t.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

§. 797.

Wenn findet der Glaubenseid Statt?

Ein Eid sollte eigentlich nur über Thatsachen geschworen werden, wovon der Schwörende aus eigner Wissenschaft unterrichtet ist, — über Wahrheit und Wirklichkeit. Demungeachtet geschieht es in der Praxis täglich, daß Eide ihrem Inhalt nach auf ein bloßes Glauben des Schwörenden gerichtet werden. Man sucht auch diese Eidesart aus den Gesetzen zu rechtfertigen[34]). Allein ein solcher Eid, kann eigentlich an sich zur Erkenntniß der Wahrheit eines streitigen Satzes eben so wenig Gewicht haben, als wenn ein Zeuge aussagt, daß er den Artikel oder die Frage als wahr glaube, ob er gleich davon keine Erfahrung hat. Aus diesem Grunde verwerfen daher viele heutige Rechtsgelehrten[35]) den sogenannten Glaubenseid (*iuramentum credulitatis*). Die Praxis läßt ihn jedoch bey fremden Handlungen zu, und gestattet ihn besonders den Erben, weil man es für Unrecht hält, ihnen die Wohlthat des Eidschwurs über

34) *L.* 2. §. 2. *Cod. de iureiur. propt. calumn. Cap.* 5. *X. de purgat. canon. Rec. Imp. noviss.* §. 43. et 49.

35) Man sehe von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß 2. Abschn. 3. Kap. S. 113. (der neuesten Aufl. Magdeburg 1805.) Malblanc Doctr. de iureiur. §. 44. Justus von Schmidt genannt Phiseldeck über den Eid. S. 29. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 94. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit 2. Th. 5. Abschn. §. 9 S. 118. lit. e. und Kohlschütter Diss. de iureiurando credulitatis secundum praecepta philosophor. de probabilitate. *Vitemb.* 1788.

über die Handlungen ihres Erblassers zu entziehen[36]). Allein dieses Verhältniß kann an sich ihren Behauptungen kein größeres Gewicht geben, noch dieselben berechtigen, ihrem Gegner einen Beweis aufzudringen, welcher mit den Erkenntnißgründen der Wahrheit nicht übereinstimmt. Bey fremden Handlungen, wovon man nichts mit Gewißheit behaupten kann, sollte man blos über sein Nichtwissen schwören.*) Der Eid des Glaubens kann daher nur insofern zugelassen werden, als entweder der Glaube des Schwörenden gerade die Thatsache ist, auf deren unmittelbaren Beweis es ankommt[37]), oder aber die beweisführende Parthey von dem Glauben ihres Gegners durch den ihm darüber angetragenen Eid ihren ganzen Beweis abhängig gemacht hat; eine solche Eidesdelation muß sich dann das Gericht, als Transaction, allerdings gefallen lassen[38]). So läßt sich der Eid des Glaubens, als angetragener Eid, ganz wohl rechtfertigen; besonders wenn Präsumtionen durch ihn begründet werden sollen[39]). Ob auch der Erfüllungs- oder Reinigungseid de credulitate geschworen werden könne? ist eine selbst unter den Practikern streitige Rechtsfrage. Carpzov[40]) und Leyser[41]) bejahen sie, und ihnen stimmt auch Coccejus[42]) bey. Allein Stryk[43]) und mit ihm die meisten Practiker behaupten

36) Carpzov P. I. Const. 24. Definit. 1. sqq. Wernher Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 150. nr. 541. sqq. Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 152. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4509. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 4. S. 74.

*) Allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. Tit. 10. §. 312.

37) S. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise §. 60.

38) von Globig a. a. O. S. 119.

39) Thibaut Syst. des P. R. 3. B. §. 1154.

40) P. I. Const. 38. Def. 8.

41) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 5. et 6.

42) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 44.

43) Us. mod. Pand. h. t. §. 37.

haupten das Gegentheil. Eigentlich sollte der Richter nie einen Eid des Glaubens auflegen, da der Erfüllungs- und Reinigungseid insgemein schon an sich wenig Gewicht haben [44]). Sollten es ja die Umstände erfordern, so ist immer eine solche Glaubwürdigkeit vorauszusetzen, welche auf wahrscheinlichen Gründen beruhet, und kann auf allen Fall nur dann erkannt werden, wenn keine von beyden Partheyen den Eid der Wahrheit zu schwören im Stande ist [45]). Denn derjenige, der sein positives Wissen beschwören kann, geht demjenigen vor, welcher nur seinen Glauben oder sein Nichtwissen zu beschwören im Stande ist [46]). Uebrigens ist die Wirkung des Glaubenseides von der des Eides der Wahrheit nicht unterschieden [47]).

§. 798.

I. Vom deferirten oder angetragenen Eide. Natur und Grund desselben. Unterschied zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Eide.

Soviel nun I. den angetragenen oder freywilligen Eid (iuramentum *delatum* s. *voluntarium*) anbetrifft, so ist dieser unter den Haupteiden unstreitig der wichtigste und entscheidendste. Der Gebrauch desselben bey bestrittenen Privatforderungen ist auch unstreitig älter, als der von irgend einem andern Eide [48]). Ursprünglich ist dieser

44) S. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit 1. Th. S. 119. und Müller in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 319.

45) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4509. und Emminghaus ad *Coccejum* Tom. II. h. t. Qu. 44. not. l. pag. 171.

46) Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 365.

47) Hofacker l. c. lit. E.

48) Eine merkwürdige Stelle über das Alterthum dieses Eides kommt bey Dionysius Halicarnass. Lib. II. *Antiquitat. Rom.* pag. 134. der Sylburg. Ausgabe vor, wo es vom König Numa heißt: *Primus omnium Fidei publicae templum sacravit, assignatis ex aerario sacrificiis, quemadmodum diis ceteris. Publicus enim civitatis mos in fide hominibus constanter servanda, privatorum etiam hominum mores ad idem studium progressu temporis erat conformaturus. Adeo certe venerabilis et inviolabilis ea*

ser Eid ein Vergleichs- und Entscheidungsmittel, welches aber auch zugleich die Stelle des Beweises vertritt, indem in dem Eidesantrage die Erklärung liegt, daß das für wahr angenommen werden solle, was der Gegner beschwören wird[49]). Cajus, Ulpian und Paulus lehren dieses einstimmig, wenn sie sagen:

L. 1. *D. h. t.* Maximum remedium expediendarum litium in usum venit *iusiurandi religio*: qua vel *ex pactione ipsorum litigatorum*, vel ex auctoritate iudicis, deciduntur controversiae.

L. 2. *D. eodem.* Iusiurandum *speciem transactionis* continet[50]), maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata.

L. 5. §. 2. *D. eodem.* Dato iureiurando, non aliud quaeritur, quam an iuratum sit: remissa quaestione, an debeatur; *quasi satis probatum sit iureiurando.*

L. 11. §. 3. *D. eodem.* Perindeque haberi, quod iuratum est, *atque si probatum esset.*

Einer jeden Parthey steht es also frey, ihr Recht von der eidlichen Versicherung ihres Gegners abhängig zu machen; und zwar kann nach dem Römischen Recht der Eid nicht nur außergerichtlich deferirt werden, sondern man kann auch in einem gerichtlichen Rechtsstreite seinen ganzen zu führenden Beweis von dem Eide der Gegenparthey abhängig machen. Paulus sagt *L.* 25. §. 3. *D. de probat.* In omnibus visionibus, quas proposuimus, licentia concedenda est ei, *cui onus probationis incumbit*, adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro ca-

ea res est habita, ut sua cuique fides pro sanctissimo iureiurando, et longe firmissimo testimonio fuerit: et quoties alter cum altero contractum fecisset, si qua exorta esset controversia, eam alterius litigantium fides dirimebat, nec contentionis studium longius progredi sinebat, quin et magistratus et iudices in dubiis causis plerumque ex alterius partis fide ac sacramento faciebant arbitrium.

49) S. *Ge. Lud.* Boehmeri Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 2.

50) In den *Basilic.* Tom. III. Lib. XXII. Tit 5. p. 118. heißt es: Εοικε διαλύσει. i. e. *transactioni proximum est.*

calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando. Untersucht man den historischen Grund des außergerichtlichen Eides, so läßt sich dieser nicht füglich, nach Malblancs[51]) Idee, in dem Wunsche des rohen und abergläubischen Römers, dem Gegner seine Ungerechtigkeit durch den Fluch des Meineides zu vergelten, oder in dem Gefühle der Beruhigung setzen, durch die göttliche Rache, welche jenen verfolgen werde, Entschädigung für den Verlust des Seinigen zu finden. Nein! man hatte vielmehr, wie Zirkler[52]) dagegen sehr überzeugend dargethan hat, einen so starken Glauben an die Macht des Eides auf das Gemüth des Schwörenden, daß man mit einem hohen Grad von Ueberzeugung darauf rechnete, durch den Schwörenden nicht getäuscht zu werden. Man forderte also den Eid als eine Versicherung, als ein Mittel der Ueberzeugung wegen eines zweifelhaften Grundes der Einrede oder des Anspruchs des Andern. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich unter andern vorzüglich daraus, daß in vielen Fällen, welche in den Gesetzen dieses Titels angeführt werden, der Deferent gerade derjenige ist, dem der Beweis nicht obliegt, sondern gegen den eigentlich nach der Ordnung des Prozesses der Beweis geführt werden müßte; es sind auch die Fälle meistentheils so beschaffen, daß der Deferent die Vermuthung der Unwissenheit für sich hat. Z. B. die Forderung, welche **A.** an den **B.** macht, gründet sich auf eine verbindliche Handlung seines Erblassers. Könnte hier wohl etwas anders den **B.**, welcher im Vortheil sitzt, zur Eidesdelation bewegen, als der humane Wunsch, weder sich, noch seinem Gegner zu nahe zu thun? Was könnte hier für eine andere Absicht Statt finden, als die, durch den Eidesantrag die Ungewißheit zu heben, worin man sich im Verhältniß gegen einen Menschen befand, dessen bloßen Worten man nicht glauben, dem man aber doch auch nicht gern

51) Doctr. de iureiur. §. 34.

52) Versuch über den willkührlichen Eid außer Gericht, in Grolmans Magaz. für die Philosophie und Geschichte des Rechts 1. Band Nr. XI. S. 429. ff.

gern Unrecht thun möchte? Unstreitig ist diese Vorstellung natürlicher und der Sache angemessener. Denn auf solche Art gewährte der Eid einen Grad von Ueberzeugung gleich demjenigen, nach welchem wir in allen zweifelhaften Fällen entscheiden und handeln, und der Erfahrung zu Folge mit Sicherheit entscheiden und handeln können, und zugleich empfohl sich diese Auskunft dadurch, daß sie allen prozeßualischen Weitläuftigen vorbeugte, oder denselben ein Ende machte. Merkwürdig ist jedoch der Unterschied, welchen das römische Recht zwischen dem angetragenen gerichtlichen und außergerichtlichen Eide macht. Jener bleibt zwar in Hinsicht seines Grundes immer noch Vergleichsmittel. Die Gesetze sehen auch die Zuschiebung desselben und die Erklärung des Gegners über sie als einen Vertrag an, und leiten daraus viele Folgen ab[53]), wie in der Folge weiter gezeigt werden wird. Allein in Hinsicht seines Zwecks hat der gerichtlich zugeschobene Eid die Natur eines Beweismittels angenommen, und hierdurch besondere Modificationen erhalten, welche von dem Zweck der Beweisführung abhängen[54]). Hier soll er die Gewißheit des Factums herstellen, welches der Richter unter das Gesetz subsumiren muß. Daher kommen bey diesem Eide nicht blos die Partheyen als handelnde Subjecte vor, sondern der Richter tritt noch als mitwirkendes Subject hinzu, welcher durch den Eid das Mittel erhalten soll, ohne welches er den Zweck seiner Bestimmung nicht erfüllen, d. i. den Rechtsstreit nicht entscheiden kann[55]). Bey diesem Eide muß sich also der Gegner, welchem er angetragen wird,

53) *L.* 26. §. 2. *L.* 35. §. 1. *D. h. t.*

54) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 91. Auf solche Art läßt sich die Meinung vereinigen, welche *Mich.* Zick in Diss. sist. disquisit. histor. critic. quaestionis: Utrum iusiurandum apud Romanos pro specie transactionis, vocem hanc in sensu proprio sumendo, habitum sit? *Altorfii* 1804. 4. zu vertheidigen gesucht hat.

55) Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. Band Nr. XLIX. §. 4. f. S. 506.

wird, erklären, ob er den Eid schwören wolle oder nicht*). Er kann ihn in dem letztern Falle auch zurückschieben[56]). Wer hingegen einen ihm gerichtlich angetragenen Eid, weder selbst schwören, noch zurückschieben will, wird als Geständiger behandelt[57]). Auch ist hier sowohl die Zuläßigkeit der Eideszuschiebung, als der Zurückschiebung der richterlichen Prüfung unterworfen. Daher hat auch der Richter das Recht, die Eidesformel nach dem Zweck, für welchen der Eid als Beweismittel gebraucht wird, zu bestimmen[58]). Alles dieses verhält sich hingegen bey einem aussergerichtlichen Eide ganz anders. Dieser gründet sich nicht nur auf einen Vertrag, sondern dient auch blos zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsstreites[59]). Hier hängt alles von der Willkühr der Partheyen ab. Derjenige, welchem ein solcher Eid deferirt wird, ist daher weder schuldig, sich auf die Delation einzulassen, noch kann derselbe zum Schwur genöthiget werden, wenn er auch schon den Eid acceptirt hat[60]). Denn die Worte des Prätors: ***aut solvere, aut iurare cogam***[61]), beziehen sich, wie der ganze Zusammenhang lehrt, blos auf den gerichtlichen Eid. Bey dem aussergerichtlichen Eide ist, wenn der Acceptant nicht schwört, nur die Folge die, daß die Sache **in statu quo** bleibt, und unter den Partheyen das nämliche Verhältniß Statt findet, als wenn gar nichts unter ihnen vorgefallen und verabredet worden wäre. **Si neque iuratum est, neque remissum iusiurandum**, sagt Ulpian[62]), **pro eo debet**

*) *L.* 34. §. 6. *D. h. t.*

56) *L.* 34. §. 7. *D. h. t.*

57) *L.* 38. *D. eodem.*

58) *L.* 34. §. 8. *D. h. t.* S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 1. Band Nr. X. §. 26.

59) Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 91. S. 167.

60) *Ge. Lud.* Boehmer Diss. cit. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 4.

61) *L.* 34. §. 6. *D. eodem.*

62) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.*

debet haberi, atque si res in iusiurandum admissa non esset. Die Folge des Eingeständnisses hingegen kann aus der Verweigerung eines außergerichtlich acceptirten Eides nie entstehen. Denn das **pactum**, welches bey diesem Eide zum Grunde liegt, ist einer bedingten Schenkung gleich. Es ist daher nur ein **negotium unilaterale**, welches das Versprechen enthält, Jemanden unter der Bedingung, daß er schwöre, eine Forderung zu erlassen, oder seine Ansprüche anzuerkennen, das von diesem ohne Uebernahme einer gegenseitigen Verbindlichkeit acceptirt wird[63]). Der Eidannehmer, welcher den Eid nicht schwört, kann also bey dem ganzen Handel nichts verlieren, er läßt sich durch Verweigerung des Eides blos einen Vortheil entgehen, den er hätte erwerben können. Hieraus erklärt sich nun auch, wie Paulus[64]) lehrt, warum ein außergerichtlicher Eid nicht referirt werden kann. Will sich also der Acceptant der Vortheile des angenommenen Eides theilhaftig machen, so muß er den Eid schwören, wenn ihm nicht etwa der Deferent die Ableistung erläßt*). In diesem Falle giebt der Prätor aus dem Eidesvertrage bald eine Einrede, bald eine Klage, — **actio in factum**, je nachdem entweder derjenige, an welchen die Forderung gemacht wurde, oder der Gläubiger selbst den Eid abschwur[65]). Dieser Rechtsmittel bedarf hingegen der Schwörende nicht, wenn der Eid vor Gericht geleistet worden, weil hier der Prozeß bis zum Urtheil und zur Execution seinen Fortgang behält.

63) Anderer Meinung sind zwar viele. Man sehe LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 56. Allein gründlich hat diesen Irrthum widerlegt Zirkler in Grolmans angef. Magazin 1. B. S. 436.

64) *L.* 17. *D. h. t.*

*) *L.* 6. *D. h. t.*

65) *L.* 9. §. 1. *D. h. t.* *L.* 28. §. 10. *D. eodem.* *L.* 8. *Cod. de reb. credit.* §. 4. *I. de except.* Die actio in factum de iureiurando hebt jedoch die vorige Klage nicht auf, sondern es wird nur dabey des Eides, als einer Nebenqualität, gedacht. *L.* 13. §. 3. *et* 5. *L.* 30. *D. h. t.* *L.* 7. §. 7. *D. de public. in rem. act.* *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXIX. Th. 10. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 474.

debet haberi, atque si res in iusiurandum admissa non esset. Die Folge des Eingeständnisses hingegen kann aus der Verweigerung eines außergerichtlich acceptirten Eides nie entstehen. Denn das **pactum**, welches bey diesem Eide zum Grunde liegt, ist einer bedingten Schenkung gleich. Es ist daher nur ein **negotium unilaterale**, welches das Versprechen enthält, Jemanden unter der Bedingung, daß er schwöre, eine Forderung zu erlassen, oder seine Ansprüche anzuerkennen, das von diesem ohne Uebernahme einer gegenseitigen Verbindlichkeit acceptirt wird[63]). Der Eidannehmer, welcher den Eid nicht schwört, kann also bey dem ganzen Handel nichts verlieren, er läßt sich durch Verweigerung des Eides blos einen Vortheil entgehen, den er hätte erwerben können. Hieraus erklärt sich nun auch, wie Paulus[64]) lehrt, warum ein außergerichtlicher Eid nicht referirt werden kann. Will sich also der Acceptant der Vortheile des angenommenen Eides theilhaftig machen, so muß er den Eid schwören, wenn ihm nicht etwa der Deferent die Ableistung erläßt *). In diesem Falle giebt der Prätor aus dem Eidesvertrage bald eine Einrede, bald eine Klage, — **actio in factum**, je nachdem entweder derjenige, an welchen die Forderung gemacht wurde, oder der Gläubiger selbst den Eid abschwur[65]). Dieser Rechtsmittel bedarf hingegen der Schwörende nicht, wenn der Eid vor Gericht geleistet worden, weil hier der Prozeß bis zum Urtheil und zur Execution seinen Fortgang behält.

63) Anderer Meinung sind zwar viele. Man sehe LAUTERBACH **Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 56.** Allein gründlich hat diesen Irrthum widerlegt Zirkler in Grolmans angef. Magazin 1. B. S. 436.

64) *L.* 17. *D. h. t.*

*) *L.* 6. *D. h. t.*

65) *L.* 9. §. 1. *D. h. t. L.* 28. §. 10. *D. eodem. L.* 8. *Cod. de reb. credit.* §. 4. *I. de except.* Die **actio in factum de iureiurando** hebt jedoch die vorige Klage nicht auf, sondern es wird nur dabey des Eides, als einer Nebenqualität, gedacht. *L.* 13. §. 3. *et* 5. *L.* 30. *D. h. t. L.* 7. §. 7. *D. de public. in rem. act. Ant.* SCHULTING **Thes. controversar. Decad. XXXIX. Th. 10,** und MALBLANC **Princip. iur. Rom. P. II. §. 474.**

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, /
Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 12,1

Erlangen 1841

J.rom.c. 137 b-12,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565481-5
VD18 10657126-002